

DOMINICI
AULISII
JC. CLARISSIMI,

Et in Neapolitano Gymnasio Juris Civilis
Interpretis celeberrimi

COMMENTARII.

DOMINICI

AULISII

JC. CLARISSIMI,

Et in Neapolitano Gymnasio Juris Civilis Interpretis celeberrimi

COMMENTARII

AD TITT. PANDECTARUM

DE ACQUIR. VEL AMITT. POSSESS.
DE VERBOR. OBLIGAT.
DE LEGAT. ET FIDEICOMMISS.



NEAPOLI MDCCLXXVI.

EXPENSIS JOSEPHI DE LIETO.
SUPERIORUM PERMISSU.

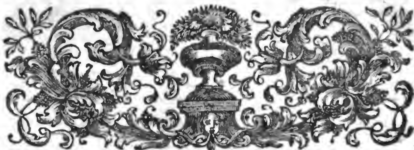
TYPOGRAPHUS
AD LECTOREM.

Solent esse, quæ minus expectantur, jucundiora. Nihil vero præclarissimi Viri Dominici Aulisii Commentariorum editione minus erat expectatum, apud illos maxime, qui ejus autographum viderant: sive enim formam characteris, sive mutationes, emendationes, notulas, aliaque id genus crebris locis occurrentia, inspexisses; ejus editionem facere, rem pene desperatam credidisses. Sed tot tantasque difficultates post multos labores atque vigilias industria honesti cujusdam Viri tandem superavit, qui de Patriæ decore atque maximo ornamento, sicut & juventutis utilitate atque emolumento, sollicitus, omnem movit lapidem, ut ex tam implicato obscuroque autographo, Maximi Viri opera tanquam ex tenebris ad lucem revocarentur. Quamvis autem multa sint obvia horum commentariorum exempla, ab adolescentibus nempe exscripta, dum Ille in Gymnasio dictabat; omnia tamen plusquam tertia parte sunt manca, & mutilata; tum ob temporis angustiam, quæ multa inter dictandum resecare cogebat, tum ob magnitudinem & difficultatem rerum quarundam,

quæ

quæ sub tyronum intelligentiam non cadere credebantur. Ordo librorum Pandectarum postulabat, ut alio ordine hos Commentarios exhiberem; sed hoc nihil est, & paratam habeo excusationem, quod autographum cujuslibet commentarii typis mandaverim, prout mihi habere integrum fuit. Interim reliquorum operum, quæ ad Jurisprudentiam pertinent, editionem paro. Hanc itaque accipe, illam expecta, meumque juvandi studium commenda. Vale.

DO-



DOMINICI AULISII

J. C. CLARISSIMI

De acquirenda, vel amittenda Possessione, ad *lib.* 41. *Pandectarum tit.* 2.



Git Justinianus superiori libro de Actionibus præjudicialibus, quæ sunt de statu, hoc est, de Libertate aut Servitute, de Ingenuitate aut Libertate, de quibus majores Judices cognoscunt. Majores Judices sunt, qui vice sacra judicant, ut Præfecti Prætorio, Proconsules, Vicarii: qui secus, sunt minores, ut Rectores Provinciarum, Correctores. Ita quoque Præfectus urbis major, *l.* 5. *C. de offic. Rector. Provinc.* Ræward. 3. *conject.* 10. Gothofr. *in C. Theod. l. un. tit. de omissa action. impetrat.*

Nunc sibi ad interdicta viam parat, quæ instar actionum sunt, & actiones appellantur sæpe: imo hodie conversa in actiones sunt, §. *ult. Instit. de interd.* Quia enim Interdicta a possessione dependent, & de ea omnino agunt, ideo Justinianus, rem more suo aliquando longius repetendo, de Possessione prius agere instituit, tum hoc Digestorum libro, tum etiam sequenti, ubi plurima de missione in possessionem per sententiam agit, quoniam missionem Q. Mutius reponebat inter genera possessionum, ut hic in *l.* 3. § *ult.* Verum non agit de missione in possessionem legatorum, aut ventris nomine, aut damni infecti, quas missionum causas e re nata antea explicaverat.

His itaque explicitis, tandem *lib.* 43. de ipsis Interdictis, sive extraordinariis Actionibus, quæ pro his competunt, sermonem orditur.

Hæc est in his 4. libris generalis Titulorum connexio, quæ vulgo *Continuatio* dicitur, a Græcis Jurisconsultis *συνέχεια*, ut Cujac. in *Paratitlis ad titul. anteced.* monet. Verum non his tantum contentus fuit Justinianus; sed quia inter Possessionem & Dominium sæpe fit, aut collatio, aut distinctio, & per possessionem plerumque acquiritur dominium, & interdicto de possessione præparatur & ordinatur causa de jure & dominio, *l. si de vi*, *ff. de judic. l. liberis*, § *ult. ff. de liberali causa*, *l. incerti*, *C. de interdict.*; propterea, ut omnia clare & distincte percipi possent, multa de ipso Dominio inculcat *tit.* 3. *& seqq. de Usurpationibus & Usucapionibus* earumque speciebus.

Tria demum sunt, quæ hic observari merentur. I. in compilatione Codicis, contra quam hic in Pandectis fit, prius de Usucapionibus agi, tum de Possessione. Non dissimiliter in *Codice* titulus *de Edendo* præponitur titulo *de in jus vocando*, qui ordo in Pandectis pervertitur. Nempe verum est, quod Vaconius 47 *observ.* 1. monet, Tribonianum in copulandis titulis non ita scrupulose processisse, ut vulgo Doctores opinantur.

II. In Pandectis Florentinis titulum ita con-

concipi, *De acquirenda vel amittenda possessione*: quod librariorum incuria factum videtur, & pro *omittenda* reponendum *amittenda*, ut post Lælium Taurellum monet Antonius Augustinus 1. *emendat* 2. nempe quia possessio amittitur, non enim omittitur; quamquam secus sit de hereditate, quæ non amittitur; nam qui semel heres est, de jure civili nunquam heres esse desinit: omittitur tamen, si heres obventam sibi hereditatem repudiet: propterea titulum habemus, *De acquirenda, vel amittenda hereditate*; quæ utique omissio in possessione locum non habet; possessio enim non jure obvenit, sed facto acquiritur.

III. Quamvis in Pandectis titulus sit, *De acquirenda, vel amittenda possessione*, tamen in Codice ita concipi, *De acquirenda, & retinenda possessione*; prorsus ut in Digestis *Retentionis*, in Codice *Amissionis* mentio desiderari videatur. Quæ tamen omnia in idem recedere putat Accursius, quia qui duo ex his cognoscit, facile cognoscit & tertium.

QUÆSTIO I.

De nomine Possessionis.

POssessionis nomen non unius significationis est, sed ad varia, eaque plurimum inter se diversa se extendit.

I. Possessio pro suo effectu de jure civili ponitur, & Usucapionem denotat per Metonymiam, ut in *l. denique ff. ex quib. caus. major*. ubi eleganter a Papiniano dicitur: *Possessio sine possessione non consistit*. Quippe idem possessionis vocabulum in eadem oratione bis positum, aliam in uno, aliam in altero loco significationem habet: Initio enim sumitur pro Usucapione; deinde pro detentione, quæ est ex justa causa acquirendi. Quæ figura græcè πλοκὴ idest *nexus* vocatur, notante Donato ad Terentium non semel; & non infrequenter reperitur in jure. Ita in *l. quæritur*, §. *mulierem*; *ff. de Ædilit. edicto* habetur: *Mulierem ita arctam, ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat*; ubi Mulier primo loco est quæcumque feminei sexus est; secundo est corruptæ. Alia exempla profert Cujacius 14. *obs*. 28. Quocirca decipiuntur quotquot in verbis Papiniani initio pro *possessione*, usucapionem reponunt.

II. Etiam per Metonymiam ponitur pro suo effectu de jure gentium, qui est proprietas & dominium: interdum enim proprietas quoque verbo *Possessionis* designatur, veluti si quis ita dicat, *Do, lego possessiones meas*, *l. interdum*, *ff. de verb. signif.* & qui possessiones suas pignori supponit, de dominio locutus intelligitur, *l.* 5 *C. si pignus pignori datum sit*: ut pariter de eo est, qui possessiones suas vendit, *l. initio*, *C. de pactis inter emptor*. Utrum autem Possessionis nomen ita acceptum fundos & res soli tantum comprehendat, an vero ad res etiam mobiles se extendat, varia opinio est.

Et quidem ad res tantum soli porrigi, docet Bartolus contra Cynum in *l. uxorem* §. *legaverat*, *ff. de leg.* 3. & constat ex *l. ab executione*, *C quor. appellat.* ubi palam res mobiles a possessione distinguuntur; nam primò dicitur, *Si res mobilis est*: deinde *Quod si de possessione, vel de fundis, &c.* Et passim jure nostro, cum id possessionis nomen explicatur, res soli designantur, *l. Imperatores*, *ff. de servit. rustic.* *l.* 38. *ff. de minor. l.* 1. *C. de omni agro deserto*. Ita etiam D. Gregorius, & Symmachus, ut notat Franciscus Juretus ad *epist.* 69. *lib.* 1.

Comprobat *Clem. exivi*, §. *porro*, *versic. cumque annui*, *de verbor. signif.* quam Cynus perperam secum facere putat. Nam cum regula D. Francisci esse *Fratres nihil sibi approprient, nec domum, nec locum, nec aliquam rem*, Clemens V. monet, his verbis prohiberi etiam annuos census; ut qui stabilium jure censetur prohiberi etiam possessiones, nempe quia res stabiles sunt. In italico tamen idiotismo possessionum nomine prædia rustica designantur, Lucas de Penna in *d. l.* 1. *C. de omni agro deserto*.

Denum notatu dignum est, hoc sensu intelligi *l. sciendum*, §. *creditor*, *ff. qui satisd. cogant.* ubi creditor, qui pignus recepit, possessor esse negatur: nam cum de satisdatione *judicio sisti*, in ea *l.* agatur, quam evitare illi tantum possunt, qui vel in urbe, vel in agro res soli possident, aut ex asse, aut pro parte; merito possessionis verbum non de quacumque possessione in ea *l.* sed de ea, quæ cum proprietate conjuncta est, & in jure dominii consistit, erit accipiendum. Ita Accurs. Bart. & alii cum Fabro *ibid.* Valentia *hoc tit. cap.* 11. *n.* 13. Hoc sensu etiam Possessionis nomen accipitur in *l. si de vi*, *ff. de judic.* in *l. qui cœtu*, *ff. ad l. Jul. de vi publ.* in quibus quæ prius dicitur Possessio, deinde Proprie-

tas

tas & Dominium appellatur. Ita etiam in *l. 4. C. de contr. empt.* ut suis locis videbimus.

III. Possessio usurpatur pro commodo, quod a possessione bonæ fidei oritur, ut est fruitio, *l. 2. C. Theodos. de maternis bonis*, illis verbis: *Ita eas (maternas res) haberi places in parentum potestate, ut dominium tantum possessionis usurpet*. Agit ibi Constantinus Magnus de maternis bonis filio in potestate constituto delatis, & negat ea patri pleno jure acquiri, quia contentus esse debet potestate fruendi, ut ea alienare non possit. Eam potestatem fruendi se dominium usufructus Imperator *Dominium possessionis* appellat, ut ibidem in notis Gothofr. monet; Eodem sensu *Dominium possessionis* legitur in *l. 1. C. Gregor. si sub alterius nomine*. Quamvis enim Fructuarius rei dominus non sit, *l. 1. §. 1. ff. de verb. signif.* tamen vere dominus usufructus est, quem ab alio possessum vindicare potest, *tit ff. si usufr. petat.*

Itaque *Dominium possessionis* in citatis juribus est, quod *Dominium ususfructus* dicitur in *l. 3. ff. cit. tit.* & in *l. venditione, ff. de reb. auct. jud. possid.* Et perperam Cujacius hæc ut diversa enumerat hic in *l. interdum*. Sic *Dominium usus* habetur apud Senecam *7. de benefic. cap. 6.* ubi Locatorem, & Conductorem ait ejusdem rei esse, quod dicitur *Dominium proprietatis*, *l. 4. C. de probation. l. si tibi*, *ff. quib. modis ususfr. amitt.* siquidem proprietas ipsa rei substantia est, *l. locum*. §. *proprietarius*, *ff. de usufr. l. 2.* §. *quædam*, *ff. de interdictis*.

IV. Possessionis nomen significat prædium Reipublicæ vel Principis, cujus non nisi usum habemus, ut in *l. 1. C. de fundis rei privatæ, lib. 11.* & docent verba Jaboleni in *l. quæstio*, *ff. de verbor. signifi.* ibi: *Quidquid enim apprehendimus, cujus proprietas ad nos non pertinet, aut nec potest pertinere, hoc Possessionem appellamus. Possessio ergo usus: Ager proprietas loci est*. Quæ verba multos deceperunt, ut videre est apud Merendam 2. *controvers. jur.* 16. Et sane perperam accepta sunt a Charonda 1. πιθανῶν 6. & Baudio *variar. q. 4. num.* 2. dum opinantur, hic a Jaboleno Possessionis definitionem tradi. Quod longe aberrat a vero; quippe Jurisconsultus nihil aliud intendit, nisi ut differentiam inter *Possessionem*, & *Agrum* tradat: & Agrum dicit esse fundum, cujus proprietas nostra sit: Possessionem vero denotare fundum vel prædium, cujus usum tantum habemus, proprietatem verò nec habemus, nec habere possumus, cujusmodi sunt stipendiaria, & tributaria prædia, quorum dominium ad nos non pertinet, sed ad Rempublicam, vel Principem, *l. si finita*, §. *si de vectigalibus*, *ff. de damno infecto*, *l. cum sponsus*, §. *in vectigalibus*, *ff. de Public. in rem act. l. si domus*, §. *si fundus*, *ff. de leg.* 1. Quippe agri bello capti Reipublicæ vel Principi addicebantur, a quo aliis concedebantur, non jure dominii, sed ad usum tantum, sub ea lege, ut tributum Principi, vel stipendium Populo solverent: indeque factum est, ut ea prædia *Possessiones* dicerentur, ut latius notat Cujacius in *d. l. quæstio*, Brissonius 4. *antiq.* 1. Valentia *de possessionis essentia cap.* 2 Hi agri provinciales erant, & *nec mancipi* dicebantur, ut est apud Aggeum Urbicum *de limitib. agror.* nam agri, qui in solo Italico, erant *Mancipi*, Ulpianus *tit. 19. de dominiis & acquisitionibus rerum*, §. 1. quæ tamen differentia sublata est a Justiniano in *l. un. C. de usucap. transform.* & in §. *traditionem*, *Instit. de rer. divis.*

Ita ergo capiemus Ælium Gallum, qui apud Festum ait: *Possessio est usus quidam agri aut ædificii, non ipse fundus aut ager;* quamvis Cujacius hic in Paratitlis & in *l. 1. ff. eod* tradat, veram Possessionem definiri, & *Usum* accipiat pro detentione, non pro eo, quod Græci χρῆσιν dicunt. Itaque ut concludamus, Possessio hic est, quod *Feudum* dicimus: aut certe hinc *Feudorum* origo petenda est.

V. Tandem Possessio, prout in nostra Rubrica accipitur, detentionem, sive detentationem rei significat; quippe, ut Paulus in *l. 1.* advertit, græce dicitur κατοχή, quod nonnisi detentionem notat, quasi diceret, licet Possessio græce dicatur νομή, tamen definire per κατοχήν: Unde factum est, ut hæc Possessio dicatur Diacotochia in *l. 7. C de omni agro deserto lib.* 11. sicut Diacatochus vocatur Possessor in *l. C. Thod. debitor* ubi Jacobus Gothofredus.

Hæc Possessio ita nuncupata est a *positione pedum*, ut in *d. l. 1.* habetur. Ulu enim apud veteres receptum fuit, ut ex pedum positione prædiorum possessionem nanciscerentur: unde Deuteron. 11. *Omnis locus quem calcaverit pes vester, vester erit*. Quamvis enim & aliis corporis partibus rerum possessio acquiratur, ut manibus; imo & oculis; a pedum tamen positione nomen habait,

quod hinc frequentius rerum præsertim immobilium possessio originem traxerit. Hanc notationem tenentur Connanus 3. *Comm.* 8. Walterus 2. *miscell.* 19. Giphanius *hic*, aliique.

Verum Alciatus 1. *disput.* 1. negat scire se, quid commune habeat in sonu *Possessio* cum *Pedibus*. Quare ex antiquis libris, & ex Pandectis Florentinis verba in *d. l.* 1. ita restituit, ut Possessio dicatur a *positione sedium*, sive *sessionis*, ut etiam tradit Duarenus hic, & Vaconius 2. *declarat.* 3.

Verius tamen est, Possessionem simplex nomen esse, non compositum, ut quæ a solo verbo *Possum* derivat, Muretus 3. *epist.* 87. sive quia quisque ut potuit, occupavit, ut loquitur Isidorus 15. *origin.* 13. sive quia is, qui possidet, plurimum in re possessa potest. Quod confirmat ut ex Jurisconsultis Græcis, præcipue ex Theophilo in *tit. Instit. de Interdictis*, ubi non semel possessionem reddit δύναμιν, id est, *Potestatem*, sicut & ibidem vocat ἐνέργειαν, id est, *vim* & *efficaciam*, quæ a potestate non multum abit.

Quæstionis tamen est, an ut stabilium, ita quoque mobilium vera possessio detur, accipiendo possessionem in hac ultima significatione.

Et quidem Accursius hic *verbo a pedibus in fine*, minus proprie res mobiles possideri docet, quia pedum positionem non recipiunt. Idemque videtur suaderi ex *l. uxorem*, §. *legaverat*, *ff. de leg.* 3. ubi verbis illis legati, *Quidquid in patria Gadibus possideo*, mobilia, veluti Kalendarium, & pecunia non continentur.

Sed Bart. Jas. Alciat. & alii hic, rerum quoque mobilium veram esse possessionem tuentur. Ita quoque Connanus 3. *comment.* 8. Menoch. *de retin. possess. remed.* 3. Valentia in *hoc tract. cap.* 1. *a num.* 9.

Et ita sane patet ex pluribus, de quacunque possessione sermo sit, sive naturali, quæ & corporalis dicitur, sive civili. Nam pignus, quod proprie rei mobilis est, utique naturaliter possidetur; *l. si pignus*, *ff. de pignorat. actione*, *l. servi*, *ff. de usucap.* item furtum, quod rei quoque mobilis est, non fit, nisi res possessa corporaliter fuerit, *l.* 1. *ff. de furtis*, *l.* 1. §. *Scævola*, *ff. si is qui test. liber.* Et usucapio, quæ sine civili possessione non procedit, etiam ad res mobiles pertinet, *l. si hominem*, *ff. de usucap. l. si rem*, *ff. pro emptore*.

Patet etiam, quia ad tuendam rerum mobilium possessionem datur Interdictum *Utrubi*, quod non daretur, nisi in rebus illis propria & vera possessio esset, argumento ex *l. penult. in fin ff. de servit.* & in *l.* 1. *in fin. ff. de superfic.*

Denique, quia in jure nostro, ubi de rebus mobilibus mentio incidit, simpliciter & sine addito *possideri* dicuntur, *l.* 3. §. *Nerva*, §. *si rem*, *ff. eod.* cum concordantibus: at e diverso ea, in quibus vera possessio locum non habet, *quasi possideri* dicuntur; & pro juribus Interdicta *veluti possessoria* constituta esse dicuntur in *l. quoties* 20. *ff. de servitut.*

Nec ad rem facit argumentum Accursii ab etymologia: nam verum est, etymologiam aliquando vim definitionis habere, & proindè ab ea argumenta posse deduci, uti est in etymologia Donationis, & injuriæ, *l. Senatus*. §. 1. *ff. de mort. caus. donat. l.* 1. *ff. de injur.* & Theophilus etymologiam & definitionem testamenti esse dicit, ut testatio mentis sit; & tractant Fulgos. Jason, Zasius in *l.* 2. §. *appellata*, *ff. de reb. credit.* id tamen locum non habet, quoties etymologia vel ab eo, quod frequentius accidit, vel quod olim accidebat, desumta est. Veluti ærarium ita dictum, quod olim in eo nonnisi æs condebatur: Tribunal, quod frequenter in eo Tribuni jus dicerent; non tamen recte inde concludes, ubi argentum conditur, ærarium non esse; aut solium, unde ceteri Magistratus jus dicunt, Tribunal non esse. Ita etsi olim possessio nonnisi pedibus acquireretur, vel hodie frequenter pedibus acquiratur; perperam inde elicit Accursius; ideo rerum mobilium veram non esse possessionem, quia in rebus soli pedum positio locum solummodo habere videtur Vide latius Nicol. Everardum in *Topic. legal. loco ab Etymolog.*

Nec etiam facit responsum Scævolæ in *d. l. uxorem*, §. *legaverat*. nam respondetur in eo legato, *Quidquid in patria Gadibus possideo*, ideo primo non contineri pecuniam, non quia pecunia non possidetur, ut falso Accursii Fautores opinantur; sed quia quæsitum fuit apud Scævolam non de quacunque pecunia, sed de ea tantum, quæ Gadibus deposita erat, hoc est, ita ibi posita, ut non ibidem perpetuo maneret, sed ad tempus tantum. Quod etiam patet ex eo; quia pecu-

pecunia ea fuerat ex nominibus collecta, ut argumento sit, ibi depositam, ut iterum eam Testator crederet. Et quotiescunque legatum vel fideicommissum relictum est per relationem ad certum locum, ea tantum continentur, quæ ibi sunt, ut perpetuo maneant; quippe quod alicubi casu, vel ad tempus, & non perpetua destinatione collocatum est, id ibi esse non videtur; *l. generali*, *§. uxori*, *ff. de usu & usufr. leg. l. fund.* *§. Labeo*, *ff. de action. empti*, *l. debitor*, *ff. de pignor.* Unde in *l. si chorus* §. 1. *ff. de leg.* 3. duplex pecuniæ genus a Celso distinguitur: altera, quæ alicubi est, ut ibi perpetuo non sit: altera, quæ ibi ad varios fortunæ casus seposita est causa præsidii, quæque vulgo *peculium* dicitur; unde illud Rusticorum dicterium a Celso notatum, *Pecunia sine peculio fragilis est*. Illa non venit in legato mobilium cum certa loci designatione, hæc venit, ut ibidem dicitur, Coras. 1. *miscell.* 13. Arias Pinell. in *rubr. C. de bon. matern. par.* 1. *nu.* 5. Covar. 1. *variar.* 5.

Secundo ideo non contineri Kalendarium, quoniam qui in Kalendarium vel Instrumentum legat, nomina & obligationes legare intelligitur, *l. servum* §. *ejus l. hujusmodi* §. *si ita*, *ff. de leg.* 1. *l. qui chirographum*, *ff. de leg.* 3. Est enim Kalendarium liber fœnebris pecuniæ, vel codex, in quo nomina debitorum referuntur: ideo dictum, quia olim creditores stipulabantur usuras in Kalendas singulas: quare factum est, ut Kalendarii nomine ipsæ pecuniæ fœnebres significentur, *l. pen. ff. de reb. cred.* & condictio ex mutuo sub usuris dicitur *Actio Kalendarii*, *l. tutores* §. *periculo*, *ff. de admin. tutor.* Solebant tamen diem solutionis differre in Idus, *l. si ex pluribus*, §. *ult. C. de solution.* Horatius:

Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Kalendis ponere.

Ceterum nomina debitorum, & obligationes, neque mobilibus, neque immobilibus accensentur: nec aliquo loco esse dici possunt, quia non sunt, sed esse intelliguntur, *l. si fideicommissum*, §. 1. *ff de judic.* Et eleganter Cujac. *l.* 13. *Pauli ad Edictum* in *l. Cajus* §. *de leg.* 2. scribit, jura nullo loco esse, quid nec ipsa sunt, ideo nec possideri possunt, *l. ult.* §. *de servitut. l.* 3. *in princ. ff. eod.* Et de nomine quidem Possessionis hactenus.

QUÆSTIO II.
De substantia Possessionis.

POssessionis definitionem nullam in toto corpore juris reperire est: eam tamen nostri certatim magnis conatibus tradere aggressi sunt, sed ita inter se diversi abeunt, ut in id omnes convenisse videantur, ne in unum sentirent. Nos aliorum opinamentis omissis ita definimus. *Possessio est detentio rei corporalis cum animo conjuncta*. Explicetur definitio.

Dicitur *Detentio*, quæ alio nomine *Incubatio* vocatur in *l. ult. C. de rei dominicæ*, *vel templorum*; & pignori incumbere est pignus possidere in §. *furti autem actio*, *Instit. de oblig. quæ ex delicto*. Unde in principio κατοχὴν, hoc est, *detentionem*. Quod non sine temperamento intelligendum est; nam si verborum rigorem attendamus, possessio græce dicitur νομὴ, & definitur per κατοχήν: quocirca Jurisconsulti Græci in *Basilicis* ad *l. nemo ambigit*, *C. eod.* ita loquuntur: νομὴ ἐστὶ φυσικῶς ἡ τοῦ πράγματος κατοχή; *Nome* (Possessio) *naturaliter est rei catoche* (detentio). Et Theophilus ad *tit. Instit. de Interdictis*: νομὴ ἐστὶ σωματικοῦ πράγματος κατοχή: *Nunc est rei corporalis catoche*. Quod non recte explicat *Duaren.* 1. *anniverf. disputat.* 18.

Hinc fit, ad possessionem necessario exigi factum, & prehensionem rei, nec solum animum satis esse: vel saltem adesse aliquid, quod pro corporali apprehensione habeatur: quippe detentio & incubatio res facti est. Exemplum esto: scio thesaurum in fundo meo positum, & possidenti affectum habeo statim thesaurum possidere dicor, quia fundi apprehensio, & scientia thesauri æquipollent apprehensioni thesauri, *l.* 3. § *Neratius*, *ubi Gl. verbo Naturalis*, §. *eod.* Verum de modis acquirendæ possessionis latius infra.

Dicitur *Res corporalis*. Jurisconsulti Græci in definitionibus jam positis modo dicunt simpliciter: *Detentio rei*, modo cum addito, *Detentio rei corporalis*. Quæ duo hic neque contraria, neque diversa sunt: nam in jure nostro interdum sub simplici nomine *Rei* nihil aliud venit, quam *Corpus*, ut in rei vindicatione, quæ rerum corporalium est, ad discrimen vindicationis, quæ pro rebus incorporalibus impertitur. Sic quoque in *tit. de acquirendo rerum dominio*, nonnisi de rebus corporalibus agitur, *l. si in rem*, §. *de*

rei

rei vindic. l. plane ubi, 2. *si eadem res*, §. *de leg.* 1. §. *si generaliter*, *Instit. de legat.*

Propterea res incorporales, quarum nulla detentio, incubatio, aut apprehensio est, non possidentur, *l.* 2. *in princ.* §. *eod.* consequenter in eis usucapio, ad quam possessio exigitur, locum non habet, sed solummodo præscriptio, *l. servus*, §. 1. *ff. de acquir. rer. dom. l. usucapionem*, §. *de usucap.* vide Alciatum in *tractat. de præscript. in princ.* Itaque res incorporeæ, quasi, velut, aut ficte possideri dicuntur, *l.* 3. §. *dare*, §. *de usufr. l. si ego*, §. 1. *ff. de Publiciana*, *l.* 1. §. *fin. ff. de servitut.*

Dicitur *Cum animo conjuncta l.* 1. §. *furiosus*, *ff. eod.* ubi furiosus, & pupillus, licet maxime rem suo corpore contingant & detineant, tamen non possunt incipere possidere, quia affectionem tenendi non habent: sicuti si quis dormienti aliquid in manu ponat, utique dormiens rem corpore detinet; at non possidet, cum animo insistendi careat, ut ibidem Paulus habet.

QUÆSTIO III.

De Possessione naturali, & civili.

VArie hac in re olim certatum inter Jurisconsultos, aliud sentientibus iis, qui ex Sabini schola, aliud iis, qui ex schola Proculi profecti sunt, ut monet Edmundus Merillius 2. *observ.* 31. Nam possessionis distinctio in civilem & naturalem profecta est ex schola Sabini, ut constat ex *l. pupillus* §. *de acquir. rer. dom.* Quare Jabolenus, qui ex ea schola fuit, sic etiam distinxit in *l. quo servus*, §. *eod.* Ita quoque Julianus in *l.* 2. §. *quod vulgo*. §. *pro herede*: & tandem Ulpianus in l. *stipulatio ista*, §. *hac quoque*, *ff. de verbor. obligat.* quæ lex desumta ex *lib.* 49. *ad Sabinum*.

Hinc Jabolenus, Julianus, Ulpianus, Paulus, Pomponius, Papinianus, qui omnes Sabiniani, contendebant posse fieri, ut duo simul eandem rem possiderent, sed diverso modo, ut scilicet unus, qui rei corporeæ incumbebat, possideret naturaliter; alter vero, qui rem eandem animo detinebat dominandi, diceretur possidere civiliter, Paulus ex Sabino in *l.* 3. §. *ex contrario*, *ff. eod.* Pomponius *lib.* 29. *ad Sabinum* in *l. & habet*, §. *ff. de precario*.

Ex hac sententia Possidere dicuntur quotquot rem detinent, quocunque modo vel causa id accidat, dummodo animum possidendi habeant, Paulus in *l.* 1. §. 1. *ff. eod.* Ita creditor, qui pignori rem accepit, eam naturaliter possidet, *l.* 3. §. *ult. ff. ad exhib.* Colonus quoque, Depositarius, & Commodatarius naturaliter possident, *d. l.* 2. *quod vulgo l. videamus.* 2. §. *si possessionem*, ubi Accurs. *ff. de usur.* Sic Fructuarius naturaliter rem possidet, in qua usumfructum habet, *l. naturaliter*, & *l. possessio*, *ff. eod.* quæ est Papiniani.

Naturalis possessio quandoque corporalis, quia naturalis non est, nisi per corpus apprehensio, *d. l. quod servus*, *ff. eod.* ubi servus, qui prius dictus fuit possidere corporaliter, deinde naturaliter possidere dicitur, & de tribus usurpatur. I. De eo, qui possidet sibi, ut creditor respectu pignoris, cujus corporalem possessionem habet, *l. deb tor*, §. *ult. ff. de pignor. act.* & qui alium precario rogavit, ut sibi possidere liceret, *d. l. & habet.*, *ff. de precario*. II. De eo, qui possidet alteri, ut colonus, *l. si id quod*, §. *ult.* Possidet pro possessore, *l. non solum*, §. *quod vulgo*, *ff. de usucap.* Eodem modo si servus rem detineat domino ignorante, corporalis possessio est, & tamen nec sibi nec domino possidet, cujus ignorantiæ nullus est consensus, *l. quod servus*, *ff. eod.* Unde Turaminus, qui naturalem possessionem a corporali distinxit, fallitur de vera substantia possessionis *cap.* 8 *num.* 23.

E contrario Labeo, Celsus, Pegasus, Proculiani, negant possessionem penes duos esse posse. Labeo in *l.* 3. §. *ex contrario*, *ff. eod.* Celsus in *l. ut certo*, §. *ult. ff. commod.* Et quos Sabiniani dicunt possidere naturaliter, Proculiani negant omnino Possidere, Pegasus ex schola Labeonis in *l. officium*, *ff. de rei vindic.* Celsus in *l. quod meo*, *ff. eod.*

Propterea ex Proculo colonus non possidet, *d. l. officium*, *l.* 1. § *dejicitur*, *ff. de vi & vi arm.* Et frustra dixerit quis, non possidere civiliter, sed possidere naturaliter; nam nullo prorsus modo possidet, *l. non solum*, §. *quod vulgo*, *ff. de usucap.* Ita commodatarius, & depositarius possidet, *l. Celsus*, §. *Julianus*, *ff. ad exhib. l.* 1. §. *unde*, *ff. quod legator. l. acquiritur*, §. *ult. ff. de acquis. rer. domin.*

Isti tamen, qui non possident, a Procu-

lia-

lianis dicuntur esse in possessione: ut qui crediti vel legati servandi causa, & qui ob non præstitam cautionem damni infecti ex primo decreto mittitur in possessionem, non possidet, sed in possessione est, custodiæ causa: ut dicitur in *l. si quis*, §. *idem Pomponius*, *ff. eod.* Itaque ex Proculo aliud est possidere, aliud in possessione esse, ut diversa sunt servum esse, & in servitute esse, *l. si postulaverit*, *l.* 5. §. *de eo*, *ff. ad l. Jul. de adulter.* Ita diversa sunt, liberum esse, & in libertate esse. Quintilian. *declam.* 340. in ea lege. *Qui voluntate domini in libertate fuerit, liber sit*, Cujac. in *d.* §. *idem Pomponius*, & 9. *observ.* 33.

Ceterum Sabiniani (quorum sententia frequentius in nostro jure probata reperitur) tunc solum naturalem possessionem a civili distinguebant, cum alius rem teneret, alius vero nihilominus usucaperet. Sed si quis rem possideret, & possidendo usucaperet, apud eum utramque simul possessionem admittebant, quæ mixta est. In nostro tamen jure hæc ipsa civilis etiam possessio dicitur, Merillius *loc. cit. observ.* 32. ex *l.* 2 *ff. pro herede*: sicuti obligatio dicitur, quæ simul civilis & naturalis est, *l. heres* 21. §. 2. *ff. de fidejussor.* Imo mixta hæc possessio quandoque simpliciter possessio appellatur, *l.* 3. §. *Neratius ff. eod.* ubi habetur solo animo non posse nos acquirere possessionem, nisi antecedat naturalis possessio.

Hæ sunt Sabini & Proculi dissidentes sententiæ, & Jurisconsultorum alii hanc quidem illam amplexi sunt. Nonnulli tamen fluctuasse videntur, & modo Proculo adhæsisse, modo Sabino. In horum numero est Ulpianus, de quo illud mirum est quod habetur in *l.* 1. §. *dejicitur*, *ff. de vi & vi armata*, ubi cum ait, *Dejicitur is, qui possidet, sive naturaliter, sive civiliter possideat*, utique cum Sabino sentit; & tamen mox, quasi sui oblitus, negat colonum ullo modo possidere, quod ex Proculi schola est. Ex hac animi ambiguitate orta sunt etiam ejusdem illa in *l.* 3. §. *ult. ff. cit. tit. qualiter esse quasi in possessione*. Qua ταπεινώσει (extenuatione) usus est Ulpianus, ne a Proculi schola discederet, & tamen aliquo modo Sabinianis displicere noluit, quasi nec Proculi sententiam per omnia probaret. Alibi tamen aperte Sabino favit, ut in *d. l. stipulatio ista*, §. *hac quoque*, *ff. de verb. oblig.* Alibi vero Proculo, cum commodatarium & depositarium possidere negat, *l. certe*, §. *is quoque*, *ff. de precario*.

Ita quoque Julianus cum Sabino sentit in *d. l.* 2. §. *quod vulgo*, *ff. pro herede*, ubi præter possessionem civilem admittit quoque naturalem, & tamen interdum a partibus Sabinianorum defecisse videtur, & cum Proculo militasse: negat enim colonum ullo modo possidere in *l. non solum* §. *quod vulgo*, *ff. de usucap.* ait enim: *Qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet*, idest, nec civilem nec naturalem. Variavit ergo, ut in causa alia de Papiniano refert Justinianus in *l. ult. C de furtis*.

Itaque si hæc concordanda aliquo modo sunt, alia via insisti non potest, nisi ut dicamus, possidere naturaliter idem valere, quod esse in possessione. Quæ concordia licet non est ex mente Proculi & Sabini, est tamen ex mente Justiniani, qui ambas illorum Jurisconsultorum sententias in suas Pandectas retulit, non ut discordantes inter se, sed ut consonantes. Quare verum erit, colonum, exempli gratia, possidere naturaliter; verum quoque erit, eundem esse in possessione: & hæc duo nihil inter se differre. Cum vero Proculiani dicunt, colonum non possidere, id ex Justiniano interpretabitur, ut intelligatur non possidere civiliter. Quod attinet ad possessionem duorum, infra dicetur latius.

Jam si quis harum possessionum definitiones quærat, eas ex dictis quæstione antecedenti deducere quam facillimum est: nam possessio naturalis est detentio rei animo insistendi: e diverso, possessio civilis est detentio rei animo dominandi. Quæ definitiones jam per se claræ sunt, nec ulteriori explanatione indigent. Solum monemus, illud *Detentio rei* in utraque definitione esse loco generis; nam possumus quidpiam detinere, nec tamen possidere, *d. l.* 1. §. *furiosus* §. *eod.* Illud vero *Animo insistendi* in definitione possessionis naturalis, & illud *Animo dominandi* in definitione possessionis civilis, esse loco speciei seu differentiæ, *d. l.* 1. *in princ.* & *d. l. si servus*, §. *de noxal. action.* vel *Cogitatione dominandi*, *l. pen. C. de furt.* Sed ut hæc rectius percipiantur, sit.

QUÆ-

QUÆSTIO IV.

Utrum omnis qui habet animum sibi possidendi, civiliter etiam possideat.

AFfirmat Valentia in sua possessionis definitione, ex *l.* 1. §. 1. & *l.* 3. §. 1. §. *Neratius*, & in §. *emittenda*, & *l. quemadmodum*, & *l. qui jure ff.*, *eod.* In quibus tamen locis hoc solum habetur, ad possessionem exigi animum & effectum possidendi, non enim dicitur, sibi possidendi, quæ duo longe distant, ut idem Valentia notat *cap.* 2. *num:* 43. Hic autem animus in omni possessione exigitur: non modo in civili, sed etiam in naturali; quare furiosus, infans, qui animum vel consensum non habent, possidere non possunt, *dict. l.* 1. §. 1.

Nos concedimus, eum, qui civiliter possidet, sibi etiam possideret; dubitandum enim non est, qui animum dominandi habet, sibi & non alii possidere. Negamus vero, omnem, qui sibi possidet, civiliter possidere.

Sed præmittendum est I. creditorem sibi possidere pignus, ut voluit Accursius in *l. pignori in princ. ff. de usucap.* & in *l.* 1. *ff. de pignorat. act.* & post alios ipse Valentia *cap.* 11. Non enim creditor possidet pignus debitori, sicut colonus possidet fundum conductum domino, quod patet ex pluribus. Primo, quia debito potest rogare a creditore possessionem pignoris precario, quod non est in colono, qui alii possidet, *l. qui pignoris*, *ff. eod.* Ergo creditor sibi pignus possidet.

Patet etiam, quia debitor fundum pignori traditum potest conducere a creditore, vel tanquam inquilinus, vel tanquam colonus, *l. re pignoris ff. eod.* quo casu debitor possidet ipsi creditori, *l. si pignus*, *ff. de pignorat. act.*

II. Possessionem hanc creditoris non esse civilem, sed naturalem, Balduin. *de pignoribus cap.* 15 Cujac. 28. *observ.* 24. & in *l. servi*, *ff. de usucap.* Faber in *l. sciendum*, §. *creditor*, *ff. qui satisd. cogant.* Quod probatur ex Papiniano il *l. debitor* §. *ult. ff. de pignorat. act.* illis verbis: *Soluta pecunia, creditor possessionem pignoris, quæ corporalis apud eum fuit, restituere debet.* Jam enim ex dictis constat, corporalem possessionem longe distare a civili, nec esse, nisi naturalem possessionem, quid quid argumentatur Valentia. Constat id ipsum ex *l. servi*, *ff. de usucap.* Ita etiam capiendus est Paulus in *l.* 1. §. *per servum*, *ff. eod.* cum ait, servum pignori datum, corporaliter datum intelligi, hoc est transire in creditorem non omnem possessionem, sed naturalem tantum; civili interim remanente apud dominum.

III. Hæc, quæ de pignore diximus, locum quoque habere in precario. Nam qui precario rogat, ut sibi fundum possidere liceat, sibi possidet, ut patet ex eo quod petit sibi. & tamen nonnisi corpora possidet, *l. & habet*, §. *cum qui*, *ff. de precar.* Habere etiam locum in uxore, cui maritus cessit possessionem causa donationis; ipsa enim sibi possidet, non viro, *l.* 1. §. *si vir. ff. eod.* Nihilominus ipsa uxor civiliter non possidet, *l. si eum qui*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.* sed possidet naturaliter, *l.* 1. §. *dejicitur*, *ff. de vi & vi armata.*

His positis, quam facillime id, quod dicebamus, probatur. Nam creditor sibi possidet pignus; qui precario rogavit possessionem fundi, sibi eum quoque possidet; ita etiam sibi possidet uxor: & tamen nullus istorum, nisi incorporaliter aut naturaliter, possidet. Ergo non omnis qui sibi possidet, civiliter possidet. Ceterum ratio, cur creditor, & is quo precario possessionem sibi rogavit, non habent civilem possessionem, alia esse nequit, nisi quæ traditur in *l. quacunque*, § 1. *ff. d. Publiciana*, & in *l. si servus*, §. 1. *ff de noxal. action.* nempe quia neuter affectu, vel opinione domini possidet. Ideo etiam uxor non possidet civiliter rem sibi a viro donatam, quia oratione Antonini animum domini habere prohibetur, *l. qui jam nupta*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.* & ex errore juris putat rem sibi acquisitam.

QUÆSTIO V.

Utrum possessio facti sit, an juris.

EA juris dicuntur esse, quæ a lege habent, ut sint vel non sint: seu a lege introducta sunt, ut magis intelligantur esse, quam sint. Hujusmodi sunt Tutela, Hereditas, Ususfructus, Dominium, & alia sexcenta, quæ omnia per jus definiuntur; ut Tutela est jus in caput liberum: Hereditas jus succedendi, atque ita porro. Ea vero facti sunt, quæ a natura originem habent, & a natura est ut sint, vel non sint: veluti est corpus, & actus corporis, veluti insistentia, & detentio, item animus, & animi affectio, quæ appellatur quoque voluntas, mens, cogitatio.

His ita positis, facile est intelligere, posessio-

fessionem naturalem, seu corporalem totam ex facto pendere, in quantum ad sui naturam; nam est detentio rei animo insistendi; quippe detentio est actus corporis, hoc est factum & non jus: factum quoque est animus seu affectio insistendi, utpote cujus etiam servus capax est, *l.* 3. §. *saltus ff. eod.* Ceterum negandum non est hanc ipsam naturalem possessionem multa extrinsecus a jure mutuari, quod jus effectus & commoda possessionis moderetur. Similiter facile est etiam intelligere possessionem civilem ex facto & jure mixtam esse, sua ipsius natura inspecta; nam est detentio rei animo dominandi, & ut detentio rei factum est, ita dominium jus est. Animus dominandi, quia ad dominium refertur, dicitur esse jus, ut auctoritas tutoris, licet non sit nisi consensus, quem tutor pupillo gerenti præstat; quia tamen interponitur, ut actus a pupillo gestus validus de jure sit, dicitur esse juris, *l.* 1. §. *adipiscimur, ff. eod.*

Omnia hæc, quæ documus, demonstrantur ex Papiniano in *l. possessio quoque ff. eod.* cujus legis mentem pauci assecuti sunt; non enim animadverterunt, Papinianum ibi possessionem naturalem a civili separare, & affirmare naturalem plurimum a jure mutuari, civilem vero non tantum corporis, sed juris etiam esse. Primo itaque loco Jurisconsultus agit de servo, cujus ususfructus meus est, licet proprietas aliena sit: & ponit eum servum quædam comparasse ex nummis meis, vel ex operis suis. Quæri poterat, utrum mihi earum rerum possessionem acquirat. Et Papinianus affirmat, suique dicti rationem reddit in hæc: *Cum & naturaliter a fructuario teneatur, & plurimum ex jure possessio mutuetur.* Et sensus est, quod licet is servus respectu proprietatis alienus sit, tamen a me fructuario possidetur, non quidem civiliter, quia careo animo domini, sed naturaliter; nam fructuarius naturaliter, seu animo insistendi possidet, *l. naturaliter, ff. eod.* Ergo possum quoque naturaliter possidere res per ipsum servum quæsitas, seu is servus naturaliter mihi rerum possessionem quærit, argumento ex *l.* 1. §. *municipes*, & *l.* 2. *C. eod.*

Verum poterat objici Papiniano. Possessio naturalis res facti est, & facta non transeunt de uno in alium, *l. si statu libera*, §. *fin. ff. de statu lib.* Quare falsum erit, possessionem a servo quæsitam transire in fructuarium, cum hæc possessio naturalis sit.

Facile huic objectioni per prolepsin respondet Papinianus, atque nihil obstare, quia possessio naturalis, licet tota facti sit, tamen multa a jure mutuatur, hoc est, jus ejus commoda & effectus extrinsecus moderatur; id enim dicimus mutuari, quod extrinsecus nobis accedit, ut Luna mutuatur lumen a Sole. Quare commodum & effectus possessionis non manet in servo; sed juris potestate in fructuarium transit, qui propterea dicetur possessionem naturalem per servum fructuarium quæsivisse. Aperteque hæc prima pars *legis* de naturali possessione loquitur, & si recte intelligatur, duo omnino statuit, unum tacite, alterum expresse, & quidem tacite, possessionem naturalem ex natura sua totam facti esse: expresse vero, eandem possessionem respectu commodorum & effectuum a jure pendere & regi.

Secundo loco Papinianus agit de servis, & filiisfamilias, qui in aliena potestate sunt vel domini, vel patrisfamilias, & quærit utrum isti rem peculiarem possideant. Hic quæstio non est de possessione naturali; apertissimi enim juris est, servum & filiumfamilias naturaliter possidere res, quas detinent, cum non modo filiusfamilias, sed servus, animi insistendi capax sit, *d. l.* 3. §. *saltus*, *ff. eod.* Itaque agitur tantum de possessione civili. Et quidem Jurisconsultus concedit: hos rem *tenere*, hoc est, naturaliter possidere: negat tamen rem *habere & possidere*; quæ duo ideo Papinianus conjungit, ut exprimat possessionem civilem, quæ est animo habendi, seu dominandi. *Habendi* enim verbum hic de eo accipitur, qui tenet jure dominii, sicut *Possidendi* de eo, qui alio jure tenet; *l.* 38. §. *habet, ff. de verb. oblig.* Brisson. *de verbor. signif. lib.* 8. *in princ.* Ideo vero negat, *quia possessio non tantum corporis, sed etiam juris est*. Corporis quidem seu facti, respectu detentionis: juris vero, in quantum ad animum domini; quia servus dominii & juris capax non est, *l. in personam*, *ff. de reg. jur.* & filiusfamilias in re peculiari seu profectitia dominium consequi non potest, nec animum domini habere, *l. eum oportet*, §. 1. *C. de bonis quæ lib.* Quia vero unica determinatio, quæ plura simul recipit, omnia æqualiter determinat, fit ut si corpus seu factum est de natura civilis possessionis, eodem modo de natura possessionis civilis sit jus.

Conantur nonnulli vim argumenti elude-

re, contendendo hic Papiniano jus large sumi pro animo, tanquam re incorporali, ut opponatur corpori, idest, detentioni, quæ corpore fit; large enim juris nomen quidquid incorporeum est denotat, ex *l. quid aliud*, *ff. de verb. sign.* ubi jura prædiorum sunt prædiorum qualitates, ut bonitas, salubritas, amplitudo: concordat *l. qui fundum*, *ff. quemadmodum serv. amittatur*.

Sed frustra sunt; erat enim opus distinguere inter hæc duo, *jus possessionis:* & *possessio juris est*: hæc nihil inter se habent simile. Fatemur jus possessionis sumi pro qualitate possessionis, ut *jus prædii* est qualitas prædii. Ita in *l. non ideo minus*, *C. de liber. causa*, si ancilla tua, quæ se proclamavit in libertatem, non probat, dicitur, *Inconcussum possessionis jus obtinebis*, idest, qualitatem justi tituli possessionis. Non dissimiliter jus possessionis usurpatur in *l. si ea res*, *ff. de action. empti*, *l. 2. ff. uti possidetis*, *l. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *ff. de verb. oblig.* *l. qui pignoris*, & *l. cum heredes*, *ff. eod.* Sic etiam dicimus *jus sanguinis*, *jus agnationis*. At longe aliud est, cum dicitur, *Possessio est juris*, in qua loquendi figura nunquam jus pro qualitate occurrit, multo minus pro animo, scilicet, nisi animum domini intelligamus.

Hinc plura juris nostri loca dilucidantur, quibus Adversarii variis sophismatis tenebras offundere conati sunt. Nam primo textus in *l. nemo ambigit*, *C. eod.* illis verbis, *Nemo ambigit*, *possessionis duplicem esse rationem*, *aliam quæ jure*, *aliam quæ corpore consistit*, de possessione civili capiendus est, qui corpore, & jure seu animo domini constat; nam possessio civilis interdum simpliciter possessio dicitur, *l. 3.* §. *Neratius*, *ff. eod.* ubi solo animo non potest acquiri possessio, nisi antecedat naturalis possessio; hoc est, non potest civilis possessio acquiri, ut monuimus supra.

II. Textus in nostra *l. 1.* §. *adipiscimur*, intelligi debet de possessione naturali, cum dicitur pupillum sine tutoris auctoritate possidere incipere posse, *qui possessio res est facti*, *non juris*. Et ratio dubitandi fuit, quia auctoritas tutoris, ut res juris, non exigitur, nisi in iis, quæ juris sunt. Proinde pupillus hereditatem, quæ jus est, nisi auctore tutore adire non potest; cum è contrario in his, quæ sunt facti, pupillus auctoritate tutoris non indigeat. Hinc quæsitum, an pupillo liceat incipere possidere, tutoris auctoritate non intercedente? Et respondet Paulus ex Ofilii & Nervæ sententia, pupillo licere, quia possessio facti est, non juris: quæ verba de possessione naturali, ad quam sufficit animus insistendi, capienda sunt. Proinde Paulo visum est, Ofilii & Nervæ sententiam interpretari de eo pupillo, qui ejus ætatis sit, ut intellectum capiat, hoc est, ut intelligat se insistere, nulla de dominio mentione adjecta. Hanc ergo naturalem possessionem lex ait facti esse, non juris. Ceterum hic *incipere possidere* idem est, quod possidere, ut incipere diligere, apud Catullum est jam diligere: quippe possessio individua est, nec recipit partes, & eum incipit esse, tota est: nam qui incipit introire fundum, totum fundum apprehendisse intelligitur, nec opus est, ut omnes glebas circumambulet, *l. 3. in princ. ff. eod.*

Eadem via plura alia juris loca expedire facile est; ut opus non sit singula percurrere. Illud monemus, in possessione civili, quæ ex facto & jure mixta est, sæpe factum illud, quod in se habet, operari ut ceteris factis adnumeretur, & eorum leges subeat. Ita Triphoninus in *l. in bello*, §. *facti*, *ff. de captivis*, ubi captivo omnia jura in suspenso retinentur, nec abrumpuntur: at possessio civilis, quæ ad usucapionem exigitur, non retinetur, sed abrumpitur: quia idem captivus, si revertatur ad suos, omnia quidem jure recuperat, at non possessionem civilem, ut propterea usucapionem non perficiat. Cujus rei rationem lex reddit, quia possessio res facti est, & facti causæ non continentur postliminio: hoc est possessio civilis ex facto, quod habet admixtum, jure postliminii non gaudet, quo jura mera comprehenduntur, Paulus *l. si is*, *qui pro emptore*, *ff. de usucap.* Eandem speciem tractans Papinianus in *l. denique*, *ff. ex quib. caus. major.* non dicit simpliciter possessionem civilem facti esse, ut Triphoninus, sed possessionem *plurimum facti habere*. Quæ tamen verba mentem Triphonini aperte declarant.

Ita quoque licet in heredem omnia jura defuncti transeant, civilis tamen possessio non transit, quia hæc merum jus non est, & huic migrationi in heredem, factum, quod habet admixtum, impedimento est. Propterea heres, ut usucapionem perficiat, opus habet, ut

ut ipse rem apprehendat, *d. l. si is, qui pro emptore, l. cum heredes in princ. ff. eod.*

Ex his omnibus manifestum est, decipi quotquot omnem possessionem civilem & naturalem solo facto constare docent, ut Fab. in *d. l. denique*, Valentia *cap. 2. num.* 41. Decipi etiam, qui possessionem civilem solo jure niti putant, Cujac. in *d. l. denique ad lib. 3. quaestionum. Papin.* Alciat. in *tract. de quinque pedum praescript.* Fachin. 8. *contr.* 5. Decipi tandem, qui omnem possessionem ex facto & jure mixtam esse contendunt. Aretinus hic in *l. 1. num.* 13. *& seq.* Corasius in *rub. n.* 3. Foreatulus in *Cupidine jurisperito cap.* 14. aliique.

QUÆSTIO VI.

De possessione justa & injusta.

HÆc possessionis distinctio extat in *l. 3. §. ex contrario, ff. eod. l. duo, ff. de precar. l. justa, ff. uti possidetis*. Sed quænam ipsæ sint, non constat inter nostros. Nonnulli ita explicant, ut justa sit, quæ bona fide apprehenditur, injusta vero, quæ mala fide, ex eadem *l. 3. §. genera*, illis verbis. *Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide*, Connanus 3. *comment.* 10. Donellus 5. *comment.* 9. Alii possessionem justam confundunt cum civili, injustam cum naturali, Faber in *l. officium, ff. de rei vind. c.* Valentia *cap.* 3. *nu.* 9.

Non dicimus, eum juste possidere, cujus possessio a jure non improbatur: contrario eum possidere injuste, cujus possessioni jus resistit. Quæ desumta sunt ex *d. l. duo, ff. de precario*, ubi qui precario rem accepit, justam possessionem habere dicitur: qui vero vi possidet, aut clam, injustam. Idem habetur ex Ulpiano in *l. si duo, ff. uti possidetis*, ubi possessio justa est, quæ ex justa causa procedit: injusta, quæ vi, aut clam. Sic etiam juste possidet, qui ob non præstitam sibi cautionem damni infecti, ex secundo decreto Prætoris, *l. juste ff. eod.* & ideo usucapere potest, & amissa possessione, agere Publicana. *l. 18. §. pen. ff. de damno infecto, l. & generaliter, ff. de noxal. action.* Vide textum in *l. quod. servus, ff. eod.* de quo infra nobis sermo redibit. Ita hæc divisio æquat membra dividentia; omnis enim possessio vel a jure probatur, vel ab eodem improbatur, & nihil est tertium.

Qui ita juste possident, *jure optimo maximo* possidere dicuntur, Cicero *de lege Agraria cap.* 11. in illis verbis: *Ideo jure teneret, quod optimo maximum.* Vulgo perperam: *Quod optimo-privatum*, nullo sensu. Vide in *l. qui uti* 90. *ff. de verbor. signif.*

Ex quibus facile aliorum explicationes rejiciuntur: falsum enim esse, quæ vel bona fide apprehenditur, vel quæ civilis est: nam qui precario rem accepit, juste quidem possidet, *d. l. duo, ff. de precario*; & tamen ista ipse neque bona, neque mala fide possidet; quippe bona & mala fides non habent locum in omni possessore, sed tantum in possessoribus rei alienæ; nec tamen in his omnibus, sed in illis dumtaxat, qui rem alienam possident, ut suam, quod in eo, qui precario possidet, non est, possidet enim rem alienam ut alienam. Præterea is idem, licet juste possideat, tamen civiliter non possidet, sed naturaliter; cum rem detineat animo insistendi, non dominandi, *l. & habet.*, §. *cum qui, ff. de precario.* Unde & illud constat, male possessionem naturalem confundi cum injusta, vel cum ea, quæ mala fide est; nam qui precario rem detinet, naturaliter & juste possidet, nec malæ fidei possessor est.

Hæc distinctio possessionis in justam & injustam non est in specie, cum species tantummodo sint Civilis & Naturalis; sed est in qualitate, veluti si homo dividatur, ut unus sit doctus, alter indoctus. Potest quoque possessio accidentaliter dividi ex titulis, seu possidendi causis, veluti pro emptore, pro donato, pro dote, pro legato, pro herede, pro noxæ dedito, pro suo, & similiter. Has Paulus species vocat in *l. 3. §. genera, ff. eod.* sed ibi speciei nomen non proprie accipitur, prout apud Philosophos; sed juridice pro individuis acquirendi modis: Jurisconsulti enim speciem pro individuo usurpant, *Cujac.* & *Giphan. ibid.*

QUÆSTIO VII.

An plures eandem rem in solidum possidere possint.

VEtus hæc quæstio est, & ab antiquis Jurisconsultis, qui in varias partes discesserunt, ultro citroque agitata, eorumque sententiæ omnes in Digestis extant, modo approbatæ, modo improbatæ. Unde factum est, ut & Doctores nostri mirum in modum inter se digladientur; & certe difficile est videre, quæ potissimum sententia sequenda sit.

Itaque Sabinus cum sectatoribus docet, duos ejudem rei possessores in solidum esse posse, sed diverso modo, ut unus possideat civiliter, alter naturaliter. Refert Paulus in *l.* 3. §. *ex contrario*, *ff. eod.* idque secutus est Martinus cum suis Gossianis, seu Glossianis, ut legitur apud *Accursium in l. si ut certo*, §. *si duobus. ff. Commodati*, & in *l. si duo ff. uti possidetis*, sed emendandum utrobique est, *cum suis Bossianis*. Intelligit enim Accursius Martinum Bossianum Cremonensem, qui jus civile Bononiæ professus est ad A. C. 1200. per quæ etiam tempora floruit Joannes Bossianus magister Azonis Bononiensis, teste *Abbate Tritemio*. Meminit *Antonius Campus* in *Histor. Cremonensi lib.* 2. *ad eum annum*.

Eam sententiam probat Pomponius in *l. & habet*, §. *eum qui*, *ff. de precario* quæ desumta est ex *lib.* 20. *ad Sabinum*, ubi qui precario rogavit, ut sibi Stichum possidere liceat, possidet; item is, qui precario rogatus est, possidet: ita ut penes utrumque is homo sit. Et rationem reddit Jurisconsultus, quia qui rogavit, possidet corpore, hoc est, naturaliter: & qui Dominus non discessit animo a possessione, hoc est, civiliter possidet. Et hoc præcipue exemplo utebatur Sabinus, *d.* §. *ex contrario*.

Probat quoque Jabolenus in *l. servi*, *ff. de usucap.* in quo debitor sub pignore possidet pignus, item possidet creditor, sed diverso modo, nam debitor possidet in quantum ad complendam usucapionem, quæ est effectus possessionis civilis: creditor vero possidet in quantum ad reliquas omnes causas, & cum eo ad exhibendum agendum est, ut latius dictum est supra. Idipsum secutus est Papinianus in *l. debitor*, §. *ult. ff. de pignor. act.* qui ait, possessionem pignoris corporalem apud creditorem esse; ut consequens omnino sit, civilem apud debitorem remanere. Hæc eadem in utroque exemplo, & precarii & pignoris, tuetur Julianus in *l. pignoris*, *C. eod.*

Hanc opinionem videtur probare Justinianus eo ipso quod Sabini distinctionem recipit, ut possessio altera Civilis sit, altera Naturalis, ut dictum supra *quæst.* 3. nam ea distinctione recepta omnino sit, ut queant duo eandem rem simul possidere, unus civiliter, alter naturaliter. Quare contraria Proculianorum sententia, dum docent possessionem nonnisi apud unum esse posse, explicanda aliquo modo est ex mente Justiniani.

Ex schola Proculi est, quod habet Ulpianus in *l. certe*, §. *is*, *qui rogavit*, *ff. de precario*, cum ait: *Is qui rogavit*, *ut precario in fundo moretur*, *non possidet*; *sed possessio apud eum*, *qui concessit*, *remanet*. Quod ita ex mente Justiniani interpretandum est, ut rogator non possideat civiliter, nam de possessione civili ibi sermonem esse, ostendunt ulteriora illa verba; *Possessio apud eum, qui concessit*, *remanet*; quippe apud concedentem possessio civilis remanet. Hæc igitur in rogatore non est, qui naturali tantum possessione gaudeat, juxta *d. l. & habet*, §. *eum qui.*

Ita quoque ex Proculo est, quod habet Paulus in *l.* 3. §. *ex contrario*, *C. eod.* ubi duos in solidum eandem rem possidere posse negatur, ut etiam docet Ulpianus in *l. si ut certo*, §. *si duobus*, *ff. Commodati*. Hoc tamen ita hodie intelligemus, ut verum sit de eadem possessionis specie, non de diversa scilicet: ut duo in solidum nequeant possidere, ambo possessione civili, vel ambo possessione naturali; cum e diverso fieri possit, ut unus civiliter, alter naturaliter possideat.

Et ratio esse potest, quia duo, qui eandem rem, alter civiliter, alter naturaliter possideat.

Et ratio esse potest, quia duo, qui eandem rem, alter civiliter, alter naturaliter possident, isti revera non possident, quisque in solidum, sed quisque in partem, ita ut ambæ possessiones conjunctæ solidum constituant, ex Valentia *d. cap.* 3. *num.* 19. Nempe in precario dominus dicitur retinere animo possessionem civilem, non simpliciter, sed in quantum ad hoc; ut revocare precarium possit, quandocunque ei libitum erit; quod utique revocare quolibet momento non potest, si possessionem animo non retineret, & novam acquirere opus haberet. Ceterum in quantum ad alia dominus non possidet: quod adeo verum est, ut possit dominus ab eo, qui precario habet, ipsam possessionem precario rogare: quoniam, ut dicitur in *l. ult. ff. de precario*, *aliquid ad eum per hanc precarii rogationem pervenit*, *id est*, *possessio*, *quæ aliena est*. Unde quamvis duo possideant, non tamen in solidum possident singuli, sed simul juncti.

Simili modo discurrendum est de possessione debitoris & creditoris circa idem pignus; etsi enim verum sit, debitorem possidere, tamen ad unam tantummodo causam pignus possidet, ad usucapionem scilicet, *l.* 1. § *per servum corporaliter*, *ff. eod. l. servi*, *ff. de usucap.*

cap. ut propterea nec ipse in solidum possideat. Creditoris vero possessio, quamvis ad usucapionem, & alios effectus, qui ad dominium vel acquisitionem pertinent, ei non prosit, *l. servus*, §. 1. *ff. de noxal. action. l. quacunque*, §. 1. *ff. Publiciana*, *l.* 1. *&* 2. *C. de pignor.* in quantum tamen ad ceteros effectus ei utilis est, veluti ut furti actione contra debitorem agat, si is ei pignus subtrahat, *l. si quis*, *ff. de noxal. action. l. ult. ff. de usucap. si rem*, *ff. pro emptore*. Ita quoque ut ei ad retinendam vel recuperandam possessionem amissam interdicta tribuantur, *d. l. si is qui*, §. 1. *l. græce*, §. *& in superficiariis*, *ff. de pignor. l. si cum venditor in princ. ff. de evi-Ction.* Sic etiam ei utilis est, ut anteriori creditori præferatur, *l. cum notissimi*, *C. de prascript.* 30. *vel* 40. *annor.* Ita ergo duæ istæ creditoris & debitoris possessiones simul junctæ, omnes possessionis effectus habent; & proinde unam tantum solidam possessionem constituunt, non enim duas solidas.

Hæc confirmatur exemplo dominii; nam sicut duo possessores, ita quoque duo domini ejusdem rei in solidum esse non possunt, *d. l. si ut certo*, §. *si duobus*. Unde si Testator duobus usumfructum leget, solidum singulis, cogitur heres uni rem, alteri æstimationem præstare, *l. duos*, *ff. de usufr. leg.* Nempe quia Fructuarius est dominus ususfructus, & duo ejusdem rei domini in solidum esse non possunt. Unde legatum de rigore juris nullum esset, utilitatis vero causa sustinetur. Tamen si duo diversa ratione dominii sint, non repugnat eos in solidum ejusdem rei dominos esse posse, ut constat ex solenni ea distinctione dominii *Quiritarii*, & *Bonitarii*: quam etsi abolere conatus sit Tribonianus in *l. unica*, *C. de nudo jure Quirit. toll.* tamen eo invito in pluribus nostri juris partibus remansit. Remansit inter heredem & fideicommissarium; nam restituta ex Trebelliano hereditate, heres adhuc heres est, id est, dominus Quiritarius, licet res in bonis fideicommissarii sint, qui propterea dominus Bonitarius est, §. *restituta*, *Instit. de fideic. hered.* Ita etiam suus heres, dum ab hereditate beneficio Prætoris abstinet, nil nisi dominium Bonitarium amittit; adhuc enim heres est, sive dominus Quiritarius, *l.* 1. §. *qui sunt in potestate*, *si quis omissa causa testam*. Non dissimiliter quamvis dos in bonis mariti sit, mulieris tamen est, *l. quamvis*, *ff. de jure dot.* seu maritus in re dotali dominus civilis est, mulier, quæ dedit dotem, domina naturalis est, ut dicitur in *l. in rebus*, *C. de jure dotium*. Nec ex alio fonte emanat, quod superficies in dominio ejus esse dicitur, qui dominus soli est, *l. ult. ff. de superficiebus*; & tamen eadem superficies in bonis superficiarii reponitur, sicut dos in bonis mariti, *l. bonorum* 76. *ff. de verbor. signif.*

Hactenus pro sententia Sabini: Nunc de sententia Caji Trebatii, qui ex Proculi schola fuit, quæ non minori difficultate urgetur. Is docebat, posse alio quoque modo duos in solidum ejusdem rei possessores esse, scilicet, si alter juste possideat, alter injuste; negabat tamen duos juste, vel duos injuste posse, ut refert Paulus in *d. l.* 3. §. *ex contrario*. Quam sententiam uterque Socinus exornat, & veram putat Franciscus Marcus *p.* 1. *quæst.* 193. *&* 655.

Hujus opinionis fuit Ulpianus, qui longius progressus voluit, duas etiam justas possessiones simul in solidum esse posse, *l. si duo*, *ff. uti possidetis*. Nam primo quæstionem proponit in hæc verba: *Si duo quoque possideant in solidum, videamus, quid sit dicendum*; ubi pro concesso sumit, duos in solidum eandem rem possidere posse: tum duas possessiones ejusdem rei, unam justam, altera injustam constituit, ibi: *Si quis proponeret possessionem justam & injustam: ego possideo ex justa causa, tu vi aut clam.* Tandem duas justas proponit, dicendo: *Si a me possides, superior sum interdicto*. Sermo est de interdicto uti possidetis in casu precarii, nam qui precario fundum possidet, is eo indicto adversus omnes, præter eum, quem rogavit, uti potest, *l. qui precario*, *ff. de precario*. Quare utriusque possessio justa est, & tamen utrumque in solidum possidere, Ulpianus ait.

E contrario Trebatii sententiam rejecit Labeo, qui Trebatii discipulus fuit, sed ab his, quæ a præceptore accepit, sæpius diffidebat, ut ex Pomponio & Gellio notat Cujacius 2. *observ.* 39. Labeonem sequitur Paulus in *d. l.* 3 §. *ex contrario*. Itaque negant posse duos in solidum possidere, unum justè, alterum injustè, nempe quia ad summam possessionis non multum interest, justè quis an injustè possideat; quia uterque rem detineret, quod fieri non potest: qua eadem ratione videntur contra Ulp. negare posse duos justè eandem rem possidere in solidum, ut expresse habet Julianus in *l. duo*, *ff. de prec.*

Quid

Quid ergo dicemus? Hæc sine cavillo vix est, ut conciliari posse videantur: est tamen aliquid audendum & tentandum. Sed illud præmittendum, Trebatium ex Proculi schola processisse, qui nonnisi unam possessionem civilem admittebat, repudiata omnino naturali, ut supra *qu.* 3. Quare cum loquitur Trebatius de possessione justa & injusta, capiendus est de sola civili, ita ut voluerit posse duos insolidum possidere civiliter, unum justè, alterum injustè: veluti si duo eundem fundum eodem tempore ingrediantur, ambo animo dominandi, sed unus jure suo, alter vi, aut clam. Et hæc sententia falsa est, cum is solum possideat, qui jure suo fundum ingressus est, & merito a Labeone & Paulo rejicitur in *d.* §. *ex contrario*, quia essent duo in solidum possessores in eodem genere, sive eodem modo, quod fieri non potest, quippe solum diverso modo, idest unus civiliter, alter naturaliter in solidum possessores esse possunt, ut jam dictum est. Eadem de causa negabant duos simul justè, vel duos injustè, civiliter eandem rem possidere, *d. l.* 2. *ff. de prec.*

Secus est, si illa *justè & injustè* de diversis possessionum generibus cum Sabinianis capiamus, tunc enim verum erit posse duos in solidum possidere, unus si justè, alterum injustè; veluti si is, qui civiliter possidet, dicatur justè possidere: aut naturaliter; injustè, scilicet, si vi aut clam possideat. Verum quoque erit, duos posse justè in solidum possidere, ut in precario, ubi rogator possidet naturaliter, & justè; rogatus vero civiliter, & justè. Et ita intelligendus est Ulpianus in *d. l. si duo*, *ff. uti possidetis*. His ita distinctis, omnis, nisi fallor, difficultas removetur, quod si confundantur, erit inexplicabilis.

Huc quidam pertinere putant, quod habet Ulpianus in *l. si finita*, *ff. de damno infecto*, ubi si plures sint, qui postulant, ut sibi caveatur de damno infecto, omnes simul mitti in possessionem solent. Unde deduci videtur, justam possessionem esse posse apud duos.

Id tamen nihil ad rem facit; nam recte Cujacius ait: plures quidem mitti in possessionem in totum ex primo decreto, sed non ut possideant, sed tantum custodiæ gratia: & quamvis mittantur singuli in totum, tamen concursu partes habent, & ex secundo decreto pro eis partibus possidere jubentur. Quamvis enim Q. Mutius inter genera possessionum posuisset, si quando jussu Magistratus quis primo in possessionem damni infecti mittitur; id tamen ineptissimum, dicit Paulus *in l.* 3. §. *ult. ff. eod.* Nam qui ita mittitur in possessionem, non possessionem, sed custodiam rerum, & observationem habet, ut notat Cicero pro P. Quintio *cap.* 84. qui hæc Edicti verba recitat: *Qui ex edicto meo in possessionem venerint, eos ita videtur in possessione esse oportere: quod ibidem recte custodire poterunt, id ibidem custodiant; quod non poterunt, id auferre & abducere licebis. Dominum invitum detrudere non placet.* Ceterum ut in hoc casu custodia pluribus demandatur in solidum; ita depositor duorum fidem in solidum sequi potest, & commodator in duos in solidum usum transferre, *l. eadem ff. de duob. reis*; & ex stipulatione duo in solidum obligari possunt, *l. prope*, *C. eit. tit. l. si non singuli*, *l. cum te in Gallia*, *C. si cert. pet.*

QUÆSTIO VIII.

Si duo se possidere, quisque in solidum, dicant, quid a Judice decernendum sit.

Hæc quæstio oritur non modo apud Doctores, qui duos in solidum posse fatentur, sed etiam apud illos, qui negant; attento scilicet non jure, sed animo & affectu contendentium, quorum quisque se in solidum possidere dicat, ut Donellus 15. *commentar.* 32. explicari posse putabat Ulpianum in *d. l. si duo ff. uti possidetis*. Si ergo ita de facto accidat, quæritur quid Judici Doctores post Bartolum in *d. l. si duo*, & Canonistæ post Innocentium in *cap. licet*, *de probat.*

Et Fachinæus 8. *controvers.* 16. frustra tam acriter certatum fuisse putat; quia fieri non potest, ut probationes utriusque contendentis sint per omnia æquales: cui consentire videtur Fermosinus in *d. cap. licet*, *quæst.* 1. *& seqq.* Tamen si recte attendamus; nihil hic factum impedimenti a jure recipit. Finge, quo momento unus ingreditur fundum ex una parte, coram duobus testibus, animo occupandi totum fundum, eodem ingrediatur & alter eodem animo, totidem legitimis testibus, & uterque justum titulum habeat, puta quia unusquisque emit a domino: utique in hac specie æquales per omnia probationes sunt, nihil obstante jure.

Re ita stante; varia opinio est; quippe alii docent, pronunciandum a Judice: *Uti possidetis, ita possideatis*, ut neuter vincat, aut

aut victus sit, ex *d. l. si duo*, ibi. *Neuter nostrum vincetur*. Alii possessionem sub sequestrum mittendam, ne Partes veniant ad arma, donec scilicet de dominio decernatur in petitorio, quod voluit Joannes a Platea ex *l. æquissimum, ff. de usufr*. Alii fore litem dirimendam, quo remedio utitur lex, ubi pluribus optio legata est, nec in eligendo concordant, *l. ult. C. comm. de leg.* Alii pronunciandum a Judice, de ea non liquere; nam & arbiter, si a Prætore cogatur ad sententiam ferendam, quia dies compromissi exitura est, potest jurare sibi de ea non liquere, *idem Pomponius*, §. *ult. ff. de recept. arbitr.* Alii reum absolvendum esse, quod in dubiis favorabilior sit causa rei, *l. favorabiliores, ff. de reg. jur.* Alii rem totam ab arbitrio Judicis pendere, qui poterit gratificari cui velit. Alii consulendum esse Principem. Vide Menoch. *de retin. remed.* 3. *qu.* 87.

Magis tamen communiter recepta est Bartoli sententia; nempe debere Judicem imitari id, quod lex civilis in legatariis re con junctis observat, ut litigatores partes faciant concursu, sive pro diviso, sive pro indiviso, scilicet, ut quisque dimidiam partem fundi sortiatur: imitari etiam quod faciat Prætor, decernit, quod ubi plures ob damnum infectum mittuntur ex secundo decreto in possessionem ædium vicini, singuli mittantur in totum, tamen concursu partes habeant, *l. si finita*, §. *cum autem plures ff. de damn. inf.* Nixus est Turnaminus in *cap.* 2. aliquid novi dicere, & varias ex prædictis sententiis confudit & miscuit. Nam primo voluit, quemque ex litigatoribus conservari in possessione ejus partis fundi, quam corpore occupavit, non attento animo, quem ferebant in totum fundum. Quod perinde est, ac decernere *Uti possidetis*, juxta primam sententiam. Secundo pro reliqua parte, quæ corpore occupata non fuit, vel partes faciendas æquales, vel totam sub sequestro ponendam, quæ sunt sententiæ Bartoli & Plateæ.

Quod si probationes inæquales sint, tunc si inæqualitas est tempore, ille præfertur, cujus antiquior possessio est, *d. cap. licet*, *de probat.* Si est in titulo, ille præfertur, qui justum titulum probat, *d. cap. licet*, *vers. ex præmissis*. Si demum est testibus, præfertur qui plures testes produxit, vel certe meliores. Gomes. in *l.* 45. *Tauri nu.* 178. ubi monet, testes dici meliores, vel secundum qualitatem personarum, vel verisimilem depositionem, vel naturam negotii, *l. ob carmen*, §. *fin. ff. de testib.*

QUÆSTIO I.

De acquirenda Possessione ad leg. 3. in princ.

DUo sunt, quæ ad possessionem acquirendam exiguntur simul, Corpus & Animus, *l.* 3. *in princ. ff. eod.* Pro Corpore intelligitur apprehensio rei, quæ res propterea corporalis esse debet; jus enim, quod est incorporale, manu prehendi, vel pes in eo poni, oculusque adjici non potest. Debet etiam esse vacua, id est, viduata possessore, *l. quod meo*, §. *penult. l. fundi*, *ff. eod.* quippe in traditione possessionis, per quam corpus amittentis cedit corpori acquirentis, fit vacuum simul, & impletur. Et sicut duo corpora simul esse non possunt, ita duos, quemque in solidum, eandem rem possidere impossibile est, ut supra diximus. Pro animo intelligitur affectio, voluntas, mens, vel insistendi, ut in possessione naturali, vel dominandi, ut in civili.

Itaque solum corpus sine animo ad possessionem, si quis aliquid in ejus manu poneret, vel importaret in fundum. Ex quo fit, ut furiosus nequeat possessionem acquirere, ut qui animo caret: ita nec pupillus, qui sit infans, vel infantiæ proximus: at si sit proximus pubertati, recte acquiret: jam enim propter ætatem animum tenendi habet, *l.* 1. §. *adipiscimur*, *ff. eod.*

Factum tamen aliquando est utilitatis gratia, ut quod deest a corpore, id suppleatur ab animo; nam fundi totius possessionem acquiro, si partem aliquam attingam, dum ea mente sim, ut fundum totum velim possidere; atque ita animo suppletur, quod a corpore deest, ne cogar singulas fundi glebas circumambulare, *l.* 3. §. 1. *ff. eod.* Sicut qui autem alicujus tangit, totum eum tetigisse videtur, *vulgaris in princ. ff. de furt.* Ita quoque apprehensio fundi, & scientia thesauri, qui in fundo est, facit ut etiam thesaurus apprehensus intelligatur, *d. l.* 3. §. *Neratius*. Sabiniani tamen putarunt, thesaurum non possideri, antequam sit erutus, & attrectatus, *l. peregre ff. eod. l. thesaurus*, *ff. ad exhibendum*.

Vulgo tamen putant, possessionem nonnumquam sine apprehensione rei acquiri. Et probant ex *l. rem mobilem*, *ff. eod* Nam si rem mobilem, quam tibi commodavi, vel quam apud te deposui, non reddere, sed tibi possidere constitueris; confestim ego, etsi perfidiæ tuæ

tuæ sim ignarus, desino eam rem possidere. Ergo in hac specie commodatarius vel depositarius solo animo possessionem acquirent. Nam dicitur, protinus ac possidere constitueris, te possidere.

Quæstio videtur esse de possessione civili; namque jam ante commodatarius & depositarius possessionem naturalem obtinebant. Respondet tamen ibi Bartolus & Cujac. 26. *quæst. Papin.* hæc non de solo animo, sed de contrectatione accipienda esse. Cum enim hac in specie commodatarius furtum faciat possessionis, & furtum sine contrectatione non fiat, utique hic necessario contrectatio subintelligenda est. Quippe rem depositam apud te tunc desino possidere, cum contrectas furti faciendi causa, non etiam si solum inficiandi animum habeas, *l.* 3. §. *si rem*, *ff. eod.* Rejectum enim est, quod Sabinus putabat, solo etiam animo furtum fieri, ut si quis obtentu togæ, tanquam se amiciens obstet ne servus fugitivus a Domino videatur. Vide Gellium 11. *noct. att.* 18. Hinc constat cur dicatur, a Domino etiam ignorante possessionem amitti, nempe quia furtum etiam ignoranti fit, ut quod clam fiat. Quamquam Sabinus potius de furti actione, quam de furto, loquutus videatur. Nam qui obtentu togæ servum fugitivum celat, opem præstat, non furatur. Et Sabinum ad furtum exegisse contrectationem, patet ex *d. l* 3. §. *rem*, *ff. eod.*

Probant etiam ex *l. certi condictio*, § *ult. ff. de reb. cred.* ubi si nummis, quos apud te deposui, permittam te uti, statim sine apprehensione dicitur celebratum mutuum; & rationem reddit Jurisconsultus in hæc verba: *Animo enim cœpit possidere.*

Omissa responsione Accursii, qui divinat nummos fuisse in conspectu, quasi possessio oculis capta sit, dicimus ante animum intervenisse apprehensionem ex causa depositi; quæ præcedens traditio, licet ex alia causa, satis est, ut tibi acquiratur statim possessio, cum deinde eandem rem mutuam esse placet: ex fictione enim legis habetur perinde, ac si mutui nomine tibi tradita fuisset, ut dicitur in §. *interdum*, *Instit. de rer. divis.* & nos latius infra. Cum igitur in textu dicitur, animo incipere possidere, intelligitur quidem solo animo; sed ideo, quia nil opus est nova traditione & apprehensione, cum satis sit apprehensio & traditio præcedenter facta, quamvis ex alia causa.

Stet ergo, possessionem non quidem solo animo acquiri, nisi corpus accedat. Quæ communis opinio est, restringunt tamen id nonnulli, cum de favore Ecclesiæ agitur, quo casu possessionem sine apprehensione rei transferri docent: & hanc possessionem civilem, vel civilissimam vocant, Cassador. *dec.* 7. *per tot.*

Movetur I. ex *l. raptores*, §. *si autem Diaconissa*, *C. de Episc. & Cleric.* ubi in substantia ejus, qui rapit Diaconissam, hæc acquirit usumfructum, Ecclesia proprietatem, & plenam possessionem, ob favorem dignitatis Ecclesiæ. II. ex *cap. transmissa*, *de elect.* ubi Prælato jam confirmato conceduntur ea, quæ sunt Jurisdictionis, non quidem nomine suo, sed nomine & favore Ecclesiæ.

Sed neque hæc urgent. Nam quod attinet ad textum in *d. l. raptores*, respondet Giphanius hic *l.* 3. ibi agit non de acquisitione possessionis, sed de justo titulo, qui Ecclesiæ competit ad obtinendam possessionem ejus, qui Diaconissam rapuit: & hic titulus est *Pro raptu*, de novo a lege in favorem Ecclesiæ introductus. Et falsum est, Episcopum confirmatum administrare ea, quæ sunt Jurisdictionis, sine corporali apprehensione; traditur enim ei Ecclesiæ possessio per symbolum, idest per cedulam, ut dicitur, Consistorialem, qua confirmatur electio, Barbosa *1. de Jure Ecclesiast.* 9. *a num.* 10. quam debet ostendere eis, ad quos ea res pertinet, ut in *Extrav. communi*, *injuncta* §. *præsenti*; *de elect.* Quamvis secus esse de Cardinalibus scribat idem Barbosa *alleg.* 111. *nu.* 35. nempe posse eos beneficia conferre, & cetera, quæ sunt Jurisdictionis, exercere, nondum capta possessione. Verum de traditione per symbolum mox dicetur latius.

Quod diximus ad possessionem exigi corpus & animum, ita est intelligendum ut possit quis suo animo, & alterius corpore, vel suo corpore, & alterius animo possessionem acquirere: imo aliquando animo, & corpore alieno. Quæ breviter exemplis illustranda sunt.

I. Infans possessionem acquirit corpore, & animo tutoris, interdum corpore suo, & animo tutoris: quippe Infans, quia nullum sensum in accipienda possessione habet, nihil per semetipsum possidet, quod ait D. Augustinus 14. *de Trinitate*: *Puer infans, quamvis ditissimus natus, cum sit dominus omnium, quæ jure ejus sunt, nihil possidet mente sopita.* Nihilominus auctoritate tutoris acquirere possessio

sessionem potest; nam judicium infantis suppletur auctoritate tutoris, ut dicitur in *l. quamvis*, §. *infans*, *ff. eod.* ubi notatur, id esse Jus singulare, utilitatis causa receptum. Ita Fridericus II. Regni Germanici cum anniculus esset, & deinde cum bimus, utriusque Siciliæ possessionem accepit auctoritate tutoris, Collenuccius *lib.* 4. concordat *textus* in *l.* 1. §. *adipiscimur*, *ff. cit. tit.*

Objicies ex *l.* 3. *C. eod.* ubi infanti donatarum rerum vacua possessio tradita corpore quæritur, quamvis animi plenum affectum non habeat.

Varie se torquent in hac difficultate Doctores, ut videre est apud Accursium. Dynus distinguit; nam infans in jocalibus plenam animi affectionem habet, & horum possessionem sine tutore acquirit, ut in *d. l.* 3. In fundo, & reliquis ejus generis, nullam habet affectionem, & ad acquirendam possessionem tutoris auctoritate indiget, ut Bartolus refert. Quæ distinctio reiicitur ex *d. l.* 3. ibi: *Licet animi plenus non fuisset affectus*: quibus verbis cognoscimus, infanti possessionem acquiri etiam de rebus, quarum sensum non habet.

Placet itaque, quod Joannes Bossianus antiquus interpres ait, in *d. l.* 3. dici quidem, infanti possessionem acquiri; sed non negari res fuisse traditas auctoritate tutoris. Quod & in ea lege evidenter demonstratur, cum rescripti ratio redditur ex absurdo, his verbis: *Alioquin nec quidem per tutorem possessio infanti poterit acquiri*. Et sensus est, si infanti per tutorem acquiri possessio potest, etiam non interveniente corpore infantis: & tutore igitur auctor infans suo corpore sibi eam acquirere potest; quia affectio, quæ infanti deest, suppletur tutoris animo. Sequitur Cujacius in §. *adipiscimur*.

II. Dominus aliquando acquirit possessionem corpore & animo procuratoris. Primo, si procurator Domino ignorante acquirat, *l. possessio quoque*, §. *ult. ff. eod. l.* 1. *C. eod.* Secundo, si Domino errante in corpore procurator non erret: nam si emendo & vendendo contrahentes erraverint in corpore fundi, & deinde in tradendo & accipiendo venditor & procurator emtoris consenserint, nihil obstante errore contrahentium, utique emtori erranti acquiritur possessio per Procuratorem non errantem. Quod probat Ulpianus in *l. si me in vacuam*, §. 1. *ff. eod.* ea nempe ratione, quia si possessio per procuratorem ignoranti acquiritur; ergo acquiritur etiam erranti. *Nam*, ut ait Cujacius hic, *& error ignorantia est*. *Duo nempe sunt ignorantiæ modi*, *ubi nescimus omnino*, *& ubi perperam scimus*. Revera tamen plus est error, quam simplex ignorantia; quia error includit ignorantiam, & addit falsam extimationem. Unde est illud D. Augustini *Enchiridii cap.* 17. *Non continuo*, inquit, *errat quis*, *quando aliquid nescit; nam errare est approbare falsa pro veris*. Non ita est, si ipsi emtori erranti in corpore res a venditore tradatur: non enim eo casu emtor possessionem acquirit, quia non ejus rei possidendæ animum habuit; & possessio non acquiritur sine animo possidendi eam, *d. l. si me in vacuam*, *in princ.* Unde in suprapostita specie, cum procurator non errans acquirit possessionem Domino erranti, id accidit, quia Dominus acquirit corpore & animo procuratoris, idest, alieno: quod notandum est maxime.

Idipsum est, ubi servus, vel filiusfamilias ex causa peculiari Domino, vel patri ignoranti, rerum possessionem acquirit, nam videmur eas res eum & animo & corpore possidere, *l.* 3. §. *ceterum*, *ff. eod.* Nam ignorans impossibile est, ut habeat animum acquirendi. Accursius in *l. peregre*, §. *quæsitum verbo ut animo*, *ff. eod.* Nec est contra, quod dicitur in *l.* 1 §. *item acquirimus*, *ff. cit. tit.* ubi filiusfamilias & servus ideo ex causa peculiari nobis ignorantibus acquirunt, quia, ut textus ait, *nostra voluntate intelliguntur possidere*, *qui eis peculium habere permiserimus*. Nam id capiendum est de voluntate & animo generali, qui ex permissione peculii intercessit, at in *d.* §. *ceterum* de animo speciali sermo est.

III. Quandoque Dominus acquirit possessionem corpore procuratoris, quem mandavit in vacuam possessionem induci, sed animo suo: veluti si rem accipiendo procurator emtoris erraverit in corpore, emtor emendo non erraverit; nam acquiritur emtori possessio, nec ei procuratoris sui error quidquam obest, *d. l. si me in vacuam*, §. 1. Ratio est, quia non animo procuratoris mei, qui errat, acquiro possessionem, sed animo meo, qui non erro. Idipsum est de filio, & servo, cum extra causam peculiarem Nobis scientibus acquirunt. Verum opus est, ut ille,

le, per quem volumus possidere, habeat intellectum possidendi, nam si servum furiosum mittam, ut mihi suo corpore possessionem acquirat, nihil ago, *l.* 1. §. *ceterum*, *cum seq. ff. eod.* Præterea opus est, ut ipse velit Nobis acquirere possessionem; nam si servus meus, quem jussi possidere, eo animo intret in possessionem, ut nolit mihi possidere, sed extraneo, utique non est mihi acquisita possessio, *d. l.* 1. §. *hæc quæ de servis:* erit tamen quæsita extraneo, ipso scilicet volente, aut ratum habente, ut ibidem docet Cujacius per *l. ea quæ*, *ff. de acq. rer. dom.*

Dubium esse potest, an per omnem procuratorem Nobis possessio acquiratur? Rogerius voluit, per specialem solum: Joannes etiam per generalem; cui accedit Accursius in *l. si rem*, *ff. de usucap.* per illum textum in *l.* 1. § *per procuratorem*, *ff. eod.* quem ibidem Jason, Soccinus, & alii communiter sequuntur: nam procurator possessionem Domino etiam ignoranti acquirit, ut dictum est.

Hæc de recepto Jure sunt. Verum circa hoc idem caput adipiscendæ possessionis nonnulla occurrunt de jure controverso, seu ambiguo, quæ nisi separatim per quæstiones examinari non possunt. Ideo sit.

QUÆSTIO II.

An ex donatione inter virum & uxorem possessio transferatur.

EGit de hac re Paulus in *l.* 1. §. *si vir*, *ff. eod.* his verbis: *Si vir uxori cedat possessionem donationis causa, plerique putant possidere eam, quoniam res facti infirmari Jure civili non potest. Et quid attinet dicere, non possidere mulierem, cum maritus ubi noluit possidere, protinus amiserit possessionem?* Ex quibus patet, uxorem acquirere possessionem rei sibi a marito donatæ & traditæ constante matrimonio: acquirere tamen non possessionem civilem, sed tantummodo naturalem. Quod quidem probat Paulus duplici ratione.

I. Quia Jus, quod infirmat conjugales donationes, non est nisi civile Jus, hoc est oratio Divi Antonini, *l.* 1. *ff de donat. int. virum & uxorem*. Sed possessio naturalis facti est, seu in detentione consistit, *d. l.* 1. §. *furiosus*, *ff. eod.* & res facti infirmari a Jure civili non potest, *l. in bello*, §. *facti*, *ff. de captivis*, *l. denique*, *ff. ex quib. caus. majores*. Ergo possessio rei donatæ & traditæ acquiritur uxori, tametsi conjugalis donatio Jure civili improbetur.

II. Quia de Jure civili eo casu donatio inter conjuges infirmatur, quo alter conjugum ex donatione pauperior fit, *l. si sponsus*, § *si quis*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.* Sed cum uxor possessionem rei donatæ acquirit, nihil maritus amittit, hoc est, ex ea pauperior non fit. Ratio est, quia possessio discessit a marito, ex quo maritus noluit possidere, *l.* 3. § *in omittenda*, *ff. eod.* Unde fit, non obstare Jus civile, quin possessio uxori acquiratur: nam possessionem maritus dimisit, uxor apprehendit. Concordat textus in *l. quod uxor*, *ff. eod. l. si donatæ*, *ff. de donat. int. vir. & uxor. l.* 1. *in fine*, §. *pro donato*, *l.* 1. §. *dicitur*, *ff. de vi & vi armata*.

Hæc possessio, ut diximus, naturalis est. Ideo autem civilis possessio non potest acquiri uxori, quia cum donatio sit illicita, adeo ut nulla subsit legitima causa acquirendi dominii, nequit possessio teneri animo & affectione Domini: nam uxor ex errore Juris putaret sibi rem esse quæsitam. Et hoc est, quod dicitur in *l. si eum qui*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.* ubi uxor rem sibi a marito donatam Jure civili possidere non potest, hoc est, non potest civiliter, & animo Domini, ut notat Cujacius in *d.* § *si vir*. Quocirca uxor non pro donato, sed pro possessore, rem detinebit, *l. nec ullam*, §. 1. *ff. de petit. heredit. d. l. quod uxor*, *ff. eod.*

Ex istis plura colliguntur, I. Quia uxor sibi possidet, *d. l.* 1. §. *si vir*, ibi, *Possidere eam*, & tamen non civiliter possidet *d. l. eum qui*, sed possidet tantum naturaliter, *d. l.* 1. §. *dejicitur;* inde fit, civilem possessionem non esse detentionem cum animo sibi possidendi, ut supra latius dictum est.

II. Hanc possessionem quæsitam sibi posse uxorem possessoriis interdictis tueri & defendere, vel amissam recuperare, Cujacius in *d.* §. *si vir.*

III Ex aliis capitibus hanc possessionem non esse inutilem; nam morte donatoris, qui in eadem voluntate perseveret, confirmatur: quo casu patietur Falcidiam, *l. in donationibus*, *C. ad leg. Falcid.* Præterea uxor in acquirendis fructibus rei donatæ; bonæ fidei possessoris comparatur, *l. fructus*, *ff. de usuris*. Et postremo invita uxor rem donatam vindicanti marito non reddit, si offerat

verum

verum ejus rei pretium *l. si donata*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.*

Ceterum supradictis obstat, I. Ulpianus in *l. inter virum*, *ff. de donat. inter vir. & uxor.* ubi hæc habet? *Inter virum, & uxorem nec possessionis nulla donatio est*; hoc est, nec proprietatis, nec possessionis; quod utique intelligendum est non modo de possessione civili, sed etiam de naturali. Unde fit, mulierem non possidere, cui maritus donationis causa possessionem rei donatæ cessit.

Respondemus cum Valentia hic *cap.* 7. *num.* 4. concedendo, donationem possessionis nullam esse, & negando possessionem non transferri, quippe hoc casu mulier non possidet pro donato, sed pro possessore, ut diximus. Quod Cujacius hic eleganter expressit verbis Peripateticorum, & præsertim Alexandri Aphrodisei, dicendo mulierem prima ratione: κατὰ τὸν πρῶτον λόγον: non possidere, nempe quia ei possessio donata est: at è diverso possidere secunda ratione: κατὰ δεύτερον λόγον hoc est, possidere, quia possessionem maritus dimisit, ipsa vacua apprehendit. Idipsum est, si Domino proprietatis a fructuario ususfructus cedatur; quippe cessio nullius momenti est, Domino tamen ususfructus quæritur, §. *finitur*, ubi Pacius, *Instit. de usufr.* Nempe non quæritur Domino prima ratione, seu vi cessionis: quia cessio est Juris translatio, & ususfructus, utpote Jus personale, nequit ab uno in alterum transferri: sed quæritur secunda ratione, quia fructuarius cedendo dimisit, & propterea Dominus Jure consolidationis acquirit.

Obstat II. Quia uxor rem alienam sibi a marito donatam usucapere potest, *l. 3. ff. pro donato*. Sed usucapio civilem exigit possessionem, nec naturali aut injusta contenta est, *l. improba*, *C. eod. l. emtor*, *C. de præscript. longi temporis*. Ergo uxor civilem possessionem acquirit.

Verum nihil est, quod tam facile expediri possit; quippe maritus, qui rem alienam uxori donat, donando pauperior non efficitur; quare hæc donatio a Jure civili improbata non est, *d. l. si sponsus*, §. *si quis*. Inde fit, ut hoc casu uxor, tanquam ex valida donatione, civiliter possideat, & recte sibi eam rem usucapere possit, *l. sed si constante*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.*

Urgebis: aut mulier sciebat, rem alienam esse, & deficiente bona fide usucapere non potest. *l. 2. ff. pro emtore*. Aut mariti eam esse credidit, & donationem valere: quo casu cum Jure erret, usucapiendi jus non habet, *l. juris*, *ff. de jur. & facti ignor. l. nunquam ff. de usucap.*

Respondeo cum Castrensi in *l. 3. ff. pro donato*, mulierem credidisse rem mariti esse; quare malam fidem non habuit, cum se rem a Domino accepisse existimaverit: & præterea credidisse donationem valere, nec propterea in jure errasse: quippe donatio rei alienæ a marito uxori facta valida est, ut diximus. Ita etiam Faber 7. *conject.* 13. Valentia *loc. cit. num.* 8.

QUÆSTIO III.

An Municipia, & Collegia possideant.

MUnicipes hic sunt cujusque Civitatis cives, ut Campani, Puteolani, sicuti est apud Festum. Unde Municipium pro Civitate, *l. incola ff. ad Municip.* Hi an possideant, varie fuisse certatum apud antiquos Jurisconsultos, cognoscimus hic ex *l. 1. §. municipes*, *& l. 2.* Et primo in *d. §. municipes* Paulus docet, municipes, id est, cives cujuslibet civitatis per se nihil possidere posse: ea scilicet ratione, quia *Universi consentire non possunt*. Nempe (ut aliqui explicant) quia inter eos esse possunt infantes, aliique similes, quorum nullus est consensus. Quæ explicatio ferri non potest; dixisset enim Paulus, *Singuli consentire non possunt*, non *Universi*. Mens itaque Pauli est, quia Municipium est nomen juris, & corpus quoddam universale constituit, quod vicem personæ sustinet, *l. mortuo*, *ff. de fidejussor.*, inde fit, ut possidere nequeat, quia ad possessionem corpus & animus exigitur, *l. quemadmodum*, *ff. eod.* At Municipium vero animo & consensu caret.

Notandum hic est, a Paulo dici, Municipes nihil per se possidere posse; nam alia quæstio est de intermediis personis. Refert enim idem Paulus, Nervam filium existimasse, posse Municipium per servum ex causa peculiari possidere & usucapere. Sed non defuerunt, qui hoc Nervæ dictum improbarent, ex eo quia Municipium non possidet servos. Ergo multo minus possidebit res per suos servos quæsitas. Quod Paulo etiam placere videtur.

Ulpianus tamen in *d. l. 2.* hæc habet: *Sed hoc Jure utimur, ut & possidere & usucapere Municipes possint: idque eis & per servum, & per liberam personam acquiratur.* Ubi dicit generatim, *per servum*, hoc est, non

solum ex causa peculiari, ut Nerva sentiebat, sed etiam extra peculiarem, uti constat ex *l. sive autem*, §. *ult. cum l. seq. ff. de Public.* Quippe si servus Municipii rem aliquam emerit, sive peculiari nomine, sive non, & traditam sibi possessionem amiserit, recte Municipes Publicana utuntur, quasi ipsi possedissent; non enim Publicana conceditur, nisi possessio quæsita sit. Siquidem Publicana ex Cujacio est Prætoria vindicatio, quæ amissa possessione datur ei, qui a non domino rem traditam ex justa causa acquirendi dominii bona fide accepit; necdum usucepit. Dicit etiam, *per liberam personam*, id est, per Actorem, Rectoremve Municipii, per Syndicum, similemve personam.

Ex quibus omnibus constat, Municipes per se non possidere, nam id Paulus ait, nec Ulpianus negat. Quare nec proprie possident, ut veluti Accursius, nec in proprie, ut alii apud eundem censent. Dissentiunt vero Paulus & Ulpianus in hoc, quod Paulus nec per alios Municipium possidere ait: Ulpianus vero & per servum & per liberam personam id ei concedit. Qui tamen dissensus facile conciliatur: quippe Paulus stricto Jure loquutus est, Ulpianus ex æquitate contrarium receptum ait; hoc enim significant verba illa, *Sed hoc jure utimur.*; quæ ostendunt jus singulare ex utilitatis gratia contra Juris regulas receptum, argumento *l. jam hoc jure*, *ff. de vulgari*. Neque hoc novum est; nam utilitatis gratia plurima contra Jus strictum circa possessionem & usucapionem recepta sunt, *l. peregre*, §. *quæsitum*, *ff. eod. l. justo*, §. *nondum*, *ff. de usucap. l.* 1. *l. per procuratorem*, C. *eod.*

Itaque licet Municipium per se non possideat, possidet tamen per intermedias personas. Quod est contra Rogerium, qui voluit eos tantum possidere, quibus Reipublicæ administratio commissa est. Hæc tamen Municipii possessio non est vera, quod post Bartolum, Paulum, & Alexandrum putabat Turaminus; sed omnino ficta est, ut probatur ex *d. l. sive autem*, §. *ult. ff. de Public.* ubi servus hereditarius, & servus Municipii comparantur; & dicitur heredem quasi possedisse per servum illum: ergo eodem modo Municipium quasi possidet per servum, hoc est, ficte, quomodo res incorporales quasi possideri dicuntur, *l. uti. ff. de servitut.*

Qua in re duo specialia sunt. I. Ut servus, vel Rector, non possessus a Municipio ei tamen possessionem acquirat. Novum quippe non est, ut per eum, quem non possidemus, possideamus. Sed id singulari Jure procedit: nam servus alienus a nemine possessus potest mihi acquirere possessionem, si nomine meo eam adipiscatur, *l. si me in vacuam* § *ult. ff. eod.* Id ipsum est in procuratore, & filiofamilias, *d.* §. *ult.* & *l.* 4. *ff. cit. tit.* ut monet Cujacius hic in *l.* 1. §. *per eam.*

II. Ut Municipium, cui verus animus, & verus consensus deest, habeatur tanquam si eo non careret, & possessionem per alios acquirat, quæ tamen possessio ficta est, ut diximus.

Objicies. Per servum, & Rectorem Municipii vere res corpore & animo detinentur. Ergo per ipsos vera possessio Municipio acquiritur. In promtu tamen responsio est, istos non sibi ut singulis res detinere, sed ut omnibus, idest Universitati, quæ a singulis distinguitur, quæque verum animum non habet; & proinde fieri non potest, & vera ejus possessio sit, quandoquidem ille dicitur possidere, cujus nomine possidetur, *l. quod meo*, *ff. eod.* Quare Universitas possidet, cujus nomine Rector rem detinet: at in Universitate hoc, veritate inspecta, omnino impossibile est, ob veri animi defectum, quidquid Turaminus repugnet.

Eodem modo alia multa Jure singulari in Municipiis recepta sunt. Nam dubitatum est, an Municipium possit capere ex testamento: & stricto Jure negandum videbatur, quia *Universi cernere hereditatem non possunt*, ut ait Ulpianus in *fragment. tit.* 22. Nihilominus utilitatis & æquitatis causa obtinuit, Municipiis testamento relinqui posse hereditatis, vel legati, vel fideicommissi titulo, Ulpianus *loc. cit. l. hereditatis*, C. *de hered. instit.* Quare Municipium bonorum etiam possessionem habet, *l.* 3 §. *a Municipibus*, *ff. de bon. poss.*

Olim non recte legabatur Collegio Clericorum, vel Monachorum consortio, nec recte instituebatur heres. Id vero D. Hieronymus a Principibus Christianis introductum ait, ad refrenandam avaritiam, nam in *libro de vita Clericorum* ait: *Non de lege conqueror, sed doleo quod meruimus hanc legem. Provida, severaque legis sanctio, & ne sic quidem refrenatur avaritia*. Hodie abrogatum est ex *l.* 1. C. *de sacros. Eccles.* Cujac. 7. *observ.* 30. & ad *d. l.* §. *a Municipibus*.

Ita quoque si legetur Municipibus sub conditione si jurassent, videtur conditio impossibilis,

bilis, & pro non scripta habenda, quia universi jurare non possunt, fuit tamen receptum eos jurare, per quos Municipii res geruntur, *l. Municipibus*, *ff. de condit. & demonstr.* Ceterum ex verbis Edicti Jusjurandum remittitur, quamvis compellantur facere id, quod se facturos jurare jussi sunt, *l. hac scriptura. ff. cit. tit. l. qua sub conditione*, *l. quoties ff. de condit. instit.* Ita ergo, cum Civitas novo Regi se fidam & obsequentem esse & futuram jurare debeat, id per suos Rectores implet.

Non alia ratione Civitas de dolo non tenetur, nec dolo facere potest, quia id veram personam & consensum exigit, *l. si ex dolo*, *§. 1. ff. de dolo*. Tamen improprie per Rectores delinquere dicitur, *l. metum §. animadvertendum*, *ff. de eo, quod met. causa:* dummodo ita facere jussi sint aliter non ipsa Civitas, sed singulares personæ deliquisse censetur, *l. semper §. in sepulcro*, *ff. quod vi aut clam*, Doctores communiter apud Gomez *3. var. cap. 1. n. 52.*

Et demum hoc sensu Universitas dicitur contrahere, se obligare, solutiones recipere, debitorem liberare, & similia, *l. restituendæ*, *C. de advoc. divers. jud.*

QUÆSTIO IV.

Utrum Servus, qui in fuga est, Domino possessionem sui intervertat, & eidem possessionem acquirat.

PRima Propositio, Servum fugitivum non definimus possidere. Ita Cajus in *l. rem qua ff. eod.* Cujus rei elegantissima ratio ibidem redditur, quia servus fugitivus se ipsum surripit nobis, seu sui ipsius nobis furtum facit, *l. Ancilla*, *ff. de furtis*, *l. 1. C. de Servis fugitivis*. Quod perbelle Martialis expressit:

A pedibus didicere manus precare proterva.
Non miror furem, qui fugitivus erat.

Sed servus nobis possessionem acquirit, *l. 1. §. item acquirimus*, *ff. eod.* Unde fit, ut servus nobis sui possessionem non intervertat. Eadem de causa, si rem aliquam nobis servus surripiat, quamdiu apud ipsum res est, tamdiu ejus rei possessionem non amittimus, *d. l. rem qua*.

Alia, sed Politica ratio in *l. Pomponius in prin. ff. eod.* & in *l. interdum §. servi ff. de Publican.* assignatur, ne scilicet in potestate servorum sit fugæ se tradendo, Dominorum se subtrahere potestati.

Constat id ipsum ex nostri Juris regulis, quæ docent, ejus rei, quam corpore & animo possidemus, vel solo animo, corpore nec nostro, nec alieno, possessionem solo animo retineri, nec amitti, nisi ab alio occupatam sciamus, *l. peregre § fin. cum 2. ll. seqq. ff. eod.* Itaque quia servi fugitivi possessionem animo retinemus, eam non amittimus, nisi servus ab alio possideatur, bona vel mala fide, vel nisi diu pro libero se gesserit, ut mox dicemus.

Itaque servus fugitivus intervertit Domino possessionem sui, sed eidem eandem acquirit. Quocirca ex Juris censura nec intervertisse videtur, semperque in eadem Domini possessione mansisse. Exemplo res clarius intelligetur. Quia filius in potestate donationem accipiendo a patre eandem patri, tanquam rem profectitiam, acquireret, ideo pater nec donasse censetur, Corasius in *l. frater a fratre*, *ff. de condict. indeb. & 4. miscell. 3. num. 6.* Illud verum est, servum, qui in fuga est, haberi pro furtivo, ad ejus usucapionem perpetuo impediendam: quia ut dicitur in L. Atinia. *Quod subreptum erit, ejus rei æterna auctoritas esto*; Gellius *17. noct. atticar. 7.*

Sunt qui contra obiiciunt Modestini auctoritatem certam in *l. homo liber. in fine*, *ff. de acquir. rer. dom.* ubi Jurisconsultus negat, per servum fugitivum a Domino usucapi; & ita loquitur: *Nec per fugitivum quidem, quem non possidet.*

Recte tamen ab Accursio animadversum est, ibi a Jurisconsulto non de omni fugitivo sermonem haberi; sed de eo, qui ab alio possidetur, vel pro libero diu se gessit: hujus enim possessionem Dominus amittit, ut hic in *l. 3. §. si servus:* quare nec antiquus Dominus amplius per eum possidere aut usucapere potest. Itaque cum Modestinus ait, *Nec per fugitivum quidem, quem non possidet*, non ita intelligendus est, per nullum fugitivum posse usucapi, sed per eum, quem Dominus non possidet: quare potius videntur concedere, esse aliquem fugitivum, quem Dominus possideat.

Certant etiam auctoritate Papiniani in *l. si rem*, *ff. eod.* cujus verba sunt: *Homines autem retinentur, si revertendi animum haberent*, ad discrimen scilicet rerum mobilium, quæ ratione vel anima carent, quarum amittitur possessio, statim ac neglecta & omissa custodia est. Itaque quia servus fugitivus redeundi animum non habet, *l. quod si fugitivus*, *ff. de ædilit. edicto*, utique Dominus possessionem ejus amittet.

Me-

Meminisse tamen oportet, ibi sermonem haberi non de servo, qui fugit a Domino, de quo nostra quæstio est, sed de eo, qui fugit a commodatario, vel depositario. Et quærit Papinianus, an per hujus fugam Dominus desinat possidere; & distinguit, vel homo habet propositum redeundi, veluti si ideo fugit, ut ad Dominum rediret; & hoc proposito possessionem sui Domino conservat: vel ea mente fugit, ut utrosque derelinquat, & Dominus possessionem amittit. Ratio est quia Dominus hoc casu non per se possidet, sed per Commodatarium: quare cum homo commodatarii custodiam evadit; Dominus amplius non possidet, nisi homo proposito redeundi ad Dominum illi sui possessionem conservet. Secus est, cum per se ipsum Dominus servum possidet, ut consideranti patet. Atque ita difficillimus hic nodus, a quo nemo hactenus se extricare potuit, quam facillime solvitur.

Secunda Propositio. Per servum, qui in fuga sit, possessio nobis acquiritur, si quid comparaverit, vel apprehenderit, suo vel Domini nomine. Magna olim hæc quæstio fuit inter Proculianos & Sabinianos vexata. Quippe Nerva filius, qui fuit ex Proculianis, dicebat, per servum fugitivum nihil posse nos possidere, ut habetur in *l. 1. §. per servum. ff. eod.* Nec movebatur Nerva ex eo, quod receptum est, servum fugitivum, quamdiu ab alio non possidetur, vel quamdiu ipse se pro libero non gerit, interim a Domino possideri & usucapi, idest, cœptam hujus servi usucapionem fuga non interrumpi. *l. servi §. ult. ff. de furtis*; *l. 12. ff. de rei vendic.* Respondebat enim, utilitatis causa receptum esse, ut servus fugitivus ad unam tantum causam possideretur a Domino, id est, ad implendam usucapionem; ne fuga servorum Domino, ut bonæ fidei possessori, damno sit: esse id Jus singulare, nec posse ad consequentias extendi, *l. quod vero. ff. de legib.* Idest, dici nequit, servum fugitivum in omnem causam a Domino possideri, sed ad unam usucapionem; sicuti debitor pignus ad unam tantum usucapionis causam possidere dicitur, *d. l. 1. §. per servum*.

E contrario Sabiniani, e quorum numero Cassius & Julianus fuit, sentiebant, per servum, qui est in fuga Domino possessionem acquiri ex omnibus causis, sicut per servos, quos in Provincia habet; nempe quia *fugitivorum possessio semper animo retinetur*, ut ait Paulus *3. sentent. tit. ult.* Et hæc sententia ab eodem Paulo hic recepta est in *d. l. 1. §. per servum.*

Obstare tamen videtur. I. quod dicitur in *l. si servus, ff de Public.* ubi si servus meus, cum in fuga sit, rem a non Domino emat, Publiciana mihi competere debet, ut scilicet amissa rei possessione eam de Jure prætorio vindicem, tanquam si usucepissem: & subdit ibi Pomponius: *Licet possessionem rei traditæ per eum nactus non sim*.

Hic textus visus est inexplicabilis Fabro in *Rational. ad eam legem*; putatque Pomponium Nervæ sententiam amplexum fuisse. Placet tamen responsio Accursii, Pomponium loqui de servo fugitivo, qui ab alio mala fide possideatur; hic enim nec sibi, nec possessori, nec vero Domino possessionem acquirit, ut dicitur in *l. 1. §. sed & per eum, ff. eod.* Prorsus ut Pomponii mens sit, Domino Publicianam competere, non solum si per fugitivum servum possessionem acquirat, sed eo etiam casu, quo possessionem rei traditæ per servum nactus non est.

II. Obstat Ulpiani responsum in *l. servi, §. ult. ff. de furt.* ubi Julianus in Nervæ castra transfugisse videtur, & sententiam mutasse. Nam Ulpianus de servo fugitivo loquens hæc habet: *Quod enim videor possidere, ad usucapionem tantum mihi proficere Julianus scribit*.

Ad quam difficultatem submovendam, opus est speciem legis illius explanare, ex Valentia *cap. 10. num. 15. & sequ.* Servus, cum in fuga esset, rem Domino subtraxit, deinde cœpit ab alio bona fide possideri, ex quo Dominus servi possessionem amisit, *l. 3. § si servus, ff. eod.* Quæsitum est, utrum contra bonæ fidei possessorem danda esset Domino noxialis actio furti? Dubitationem movebat, quod qui noxali actione tenetur ob furtum servi, ipse noxalem actionem habere non potest, *leg. Apud Antiquos*, *§. cumque generalis C. de furtis*. Ergo quia Dominus noxali actione teneretur ob furtum a suo servo alteri factum, non potest noxalem actionem contra alium habere, ob furtum ab eodem suo servo sibi factum. Contrarium tamen decidit Ulpianus: quia Dominus servi nomine, qui in fuga est, si furtum alii fecisset, ipse noxali actione non teneretur: nam ut quis noxali actione teneatur, oportet, ut servum habeat in potestate; hoc est, ut eum exhibere possit, *l. quoties, §. in potestate, ff. de noxalib. l. potestatis ff. de verb. sign.* Et quamvis Dominus servum possideret,

deret, antequam ab alio bona fide possideri cœperit, id tamen non obstat; quia hæc possessio ad usucapionem tantum deservit, non etiam ad hoc, ut exhibendi ejus potestatem habere censeat. Quare concludit, competere huic Domino noxalem furti actionem contra eum, qui deinde bona fide cœpit servum possidere, nam noxa caput sequitur, §. *omnis*, *Instit. de noxal. action.* Ex quibus apparet illud, *Tantum*, excludere potestatem exhibendi, de qua quærebatur, illiusque respectu Julianum docere, tantum ad usucapionem fugitivi servi possessionem Domino proficere: quamvis Accursius illud taxativum *Tantum* putet excludere noxalem actionem, quod sequitur Giphanius hic in *l.1.§. per servum*, & Valentia *loc cit.* Unde fit, articulum taxativum hic non excludere similes causas ad acquisitionem pertinentes, qualis est usucapio, cum solum excludat facultatem exhibendi servi, qui in fuga est.

Obstat tandem, quod servus Domino non acquirit possessionem, nisi eam Domino velit acquirere *l. 1. § hæc quæ de servis*, *ff. eod.* Servus vero fugitivus, si quid suo nomine apprehendat, utique non ea mente facit, ut Domino possessionem quærat.

Respondetur, servum Domino possessionem non quærere, cum eam alteri quæsitam vult, ut in *d. §. hæc quæ de servis*. Quare si non alteri, sed sibi quæsitam velit, adhuc Domino quærit, §. *sive autem Instit. de stipul. servor.*

Ceterum cum dicimus, servum fugitivum Domino possessionem acquirere, ita intelligendum est, ut si Dominus sciat, ei acquiratur ex omni causa; si vero nesciat, acquiratur tantum ex causa peculiari, *l. peregre*, §. *quæsitum*, *ff. eod* Quippe servus fugitivus non peculium, sed liberam peculii administrationem amittit, *l. libera ff. de pecul. l. rogasti*, §. *fin. ff. de reb. credit.* ne res alienando, deteriorem Domini conditionem efficeret, *d. l. libera*, *l. si convenerit ff. de pignor. act.* at recte Domino etiam ignoranti acquirit, cum peculium non sit extinctum, & servi fuga nulla ex causa damnosa esse Domino debeat, *l. 1. C de serv. fugit.* Quæ ut melius percipi possint, sit.

QUÆSTIO V.

An per servum vel filiumfamilias ex causa non peculiari possessio nobis acquiratur ignorantibus.

ET communis opinio, post Bartolum & Alexandrum hic in *l. 1. § item acquirimus*, affirmat; quod sequutus est Cujacius 24. *observ. 9.* Et moventur ex pluribus.

I. Ex *l. quod servus ff. eod.* ubi Jabolenus de servo ait: *Is qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed justam potest acquirere, sicut & id, quod ex peculio ad eum pervenerit*. Quippe particula, *sicut*, similitudinem statuit, maxime subsequente particula extensiva, *&*, id est, *etiam*. Cum ergo utraque similitudinis pars versetur circa servum, & earum posterior sit de peculio, utique prior erit extra causam peculii, nam similitudo est inter diversa.

II. Ex *l. 1. § per servum, qui in fuga ff. eod.* Dicitur enim, possessionem nobis acquiri per servos, quos in Provincia habemus: quod certe ad eum finem dictum est, ut intelligamus, nobis etiam ignorantibus acquiri.

III. Ex *l. numquam*, §. *si servus*, *ff. de usucap.* ibi: *Si servus meus, vel filius, peculiari, vel etiam meo nomine quid tenet, ut ego per eum ignorans possideam, vel etiam usucapiam*, &c.

IV. Ex *l. si me in vacuam*, §. *ult. ff. eod.* ubi generatim scriptum est per servum mihi ignoranti possessionem acquiri.

Verior tamen est opinio Jasonis, Zasii, Aretini, & Valentiæ in *d. §. item acquirimus*, Aquilini in *l. si is, qui pro emtore*, *ff. de usucap. n. 19* & ejusdem Cujacii *lib. 23. quæst. Papin.* in *l. peregre*, §. *quæsitum*, & in *l. justo*, §. *non dum*, *ff. hoc nostro tit.* nempe possessionem Domino ignoranti acquiri ex causa tantum peculiari. Idipsum intelligas de filiofamilias respectu Patris.

Quæ opinio aperte patet ex Paulo in *l. 3. §. saltus*, *ff eod.* ibi: *Quasdam res etiam ignorantes possidemus, id est, quas servi peculiariter comparaverunt*. Cujus rei duæ rationes præstantur. Prior est Papiniani, nempe id utilitatis causa Jure singulari receptum esse (quia regulæ Juris sunt, ut acquiram possessionem animo & corpore meo: animo alieno, corpore meo: animo meo, corpore alieno) ne cogatur Dominus per momenta, species & causas peculiorum inquirere, *d l. peregre*,

gre, §. *quæsitum*. Simile est in societate omnium bonorum, ubi res omnes, quæ sociorum tempore initæ societatis sunt, statim sine traditione communicantur: id enim etiam utilitatis causa inductum est, quia difficile esset, in singulis traditionem fieri, *l. 1 cum sequ. ff. pro socio*. Posterior est ejusdem Pauli, qui ait, servos in causa peculiari semper ex nostra voluntate intelligi possidere, scilicet, ex ea voluntate, quæ intervenit, cum servis peculium habere permisimus, *d. l. 1. §. item acquirimus*. Quod est generatim; nam si in specie loquemur, scilicet, cum servus singulas quasque res acquirit, videmur eas eorundem servorum & animo & corpore possidere, ut idem Paulus inquit in *d. §. saltus*.

Neque in contrarium opposita urgent. Nam I. quod attinet ad Jabolenum in *d. l. quod servus*, dicimus, totam eam *legem*, quanta est, loqui de peculio, ut legenti manifestum est. Verum enim est primo generatim dici, possessionem corporalem per servum Domino ignoranti non acquiri, sed justam; id tamen intelligendum est, si justa sit ex causa peculiari, ut ibidem Jabolenus ostendit, cum hujus dicti rationem reddit, in hæc verba: *Quia quod ex justa causa corporaliter a servo tenetur, id in peculio servi est, l. non solum in princ. ff. de pecul.* Ne tamen Jabolenus circa possessionem corporalem videatur sibi contrarius, notandum cum Cujacio *ibidem*, in illis verbis, *Qui in tua potestate est, ignoranti tibi non corporalem possessionem, sed justam potest acquirere*, non negari simpliciter & indistincte omnem corporalem possessionem acquiri, sed injustam; nam corporalis est genus, justa species: ut sensus sit, servus non acquirit Domino possessionem corporalem quamcumque, sed acquirit eam tantum, quæ corporalis justa est. Et proinde subdit: *Quia quod ex justa causa corporaliter*, &c.

Illud quæri potest, cur Jabolenus quæstionem moveat de possessione corporali, quæ & naturalis dicitur; non etiam de civili? Et respondendum est, hoc ideo factum, quia de possessione civili nulla difficultas est, quin Domino acquiratur ex consensu illo generali, quem ipse peculium concedendo servo tribuit. Hæc enim civilis possessio in servo consistere non potest, cum exigat animum dominantis, cujus servus incapax est, *l. in personam, ff. de reg. jur.* Difficultas ergo de sola corporali possessione moveri potest, quæ in servo manere potest, ut in qua non exigitur, nisi animus insistendi, qui servo non denegatur, *l. 1. §. ceterum, cum seq. ff. eod.* De hac ergo loquitur Jabolenus & distinguit, si fuerit injuste quæsita, veluti per vim eam manere in servo, cum Dominus non censeatur in servi delicto consentire: at si juste quæsita sit, veluti ex precario, eam transire in Dominum ex consensu generali, quem in peculii concessione impertitus est.

Est itaque textus prædictus de causa peculiari accipiendus. Nec obstat similitudo, quam Jabolenus addit, his verbis: *Sicut &* *id* (in Pandectis Florentinis deest *Et*) *quod ex peculio ad eum (servum) pervenit (Dominus) possidet*. Nam hæc verba intelliguntur de peculio quod ex Domino in servum pervenit, ut recte Cujacius *ibidem* explicat. Itaque duos casus Jurisconsultus distinguit & confert ambos circa peculium. Prior est, cum quid juste ex causa peculii acquiritur: posterior, cum peculium ipsum servo conceditur a Domino, & utroque casu ait, Dominum possidere per servum, id est, animo suo, corpore servi.

Nec II. obstat, nos acquirere possessionem per servos, qui in Provincia sunt. Nam in *d. l. 1. §. per servum, qui in fuga*, fit comparatio inter servum fugitivum, & servum in Provincia morantem. Et concedimus, per utramque Domino ignoranti possessionem acquiri; sed terminis, ut dicitur, habilibus, id est, concurrentibus ceteris, quæ a Jure exiguntur, exempli gratia, ut servus non sit in furore, ut velit mihi acquirere: ita ergo, ut causa peculiaris sit. Quæ enim generatim dicuntur, semper terminis habilibus intelligenda sunt, ut Aquilinus *loc. cit.* notat.

Ad id, quod III. objiciunt ex *d. l. nunquam*, §. *si servus*, varie a Doctoribus responsum est. Ibi habetur, sive peculiari, sive meo nomine, filius vel servus meus aliquid possideat, per eum, etiam ignorantem me possidere, vel etiam usucapere. Placet tamen responsio Cujacii hic in *l. 1. §. item acquirimus*; nempe etsi regula sit, possessionem mihi ignoranti extra causam peculiarem non acquiri a servo; id tamen restringi, quoties meo nomine servus acquirit, veluti si quis servo dicat: *Dono hunc equum Domino tuo*, & tradat, & servus Domini nomine apprehendat, quippe tunc per servum Domino etiam ignoranti equi possessio statim acqui-

qui-

quiritur. Quod mirum non est, nam etiam servus alienus, si meo nomine rem apprehendat, ignoranti mihi possessionem acquirit, *d. l. si me in vacuam*, §. *ult.* Ita quoque procurator meo nomine mihi etiam ignoranti possessionem acquirit, & tutor, & curator, *l.* 1. §. *per procuratorem*, *ff. eod. l.* 1. 3. & 8. *C. eod. l. si rem*, *ff. de usucap.* Est tamen notandum, hoc casu Nobis acquiri possessionem tantum, non etiam usucapionem, nisi post scientiam: nam possessio simul & usucapio Nobis ignorantibus acquiritur solum ex causa peculiari servi, vel filiifamilias, ut mox dicemus. Proinde in *d.* §. *si servus*, verba illa, *Ut ego per eum ignorans possideam, vel etiam usucapiam*, ita intelligenda sunt, ut illud, *etiam usucapiam*, referantur ad verba, *Peculiari nomine*, non etiam ad illa *Meo nomine*. At illud, *Possideam*, refertur ad utrumque casum. Possidere enim est commune utriusque causæ, usucapere peculiaris tantum.

Ceterum ratio, cur servus Domino ignoranti possessionem acquirat, si Domini nomine rem apprehendat, est quia habetur ut Domini procurator, ut recte notatur ab Accursio in *dict. l. nunquam*, §. *servus v. acquirat*. Est enim procurator tacite constitutus non a Domino, sed a lege Domini voluntatem interpretante; ut in negotiorum gestore patet, qui quod utiliter nomine alterius gerit, ejus voluntate gessisse dicitur. Habet ergo hoc casu servus accommodatam sibi Domini voluntatem, non minus ac in peculio. In peculio, facto Domini, dum peculium concessit: in apprehendendo Domini nomine, ex interpretatione legis.

Superest ut resolvatur IV. objectio ex *d. l. si me in vacuam*, §. *ult.* Et facile respondetur, ibi quamvis generatim dicatur: *Servus quoque meus ignoranti mihi acquiret possessionem*; id tamen intelligendum esse, si meo nomine rem apprehendat, ut ex sequentibus patet: nam hujus dicti ratio redditur ex eo, quia etiam servus alienus potest mihi acquirere possessionem, si meo nomine eam adipiscatur.

Est itaque discrimen inter servum peculiarem, & liberam personam, quia per servum in causa peculii non unam modo possessionem, quamvis ignorans, acquiro; sed etiam usucapionem perficio: at per liberam personam, licet ignorans possessionem adipiscar, non tamen usucapere incipio, nisi post scientiam, *l.* 2. *ff. pro soluto*, *l.* 1. *C. eod.* id ipsum est, si servus non peculiaris meo nomine acquirat. Ratio discriminis est, quia ad usucapionem exigitur bona fides, & proinde scientia; quippe ignorans neque bonam, neque malam fidem habet; quæ bona fides non procuratoris, sed Domini esse debet: sicuti etiam Domini esse deberet in causa peculiari, nisi utilitatis causa jure singulari receptum esset, ut attendatur bona fides servi, *l. Labeo*, *ff. de usucap. l.* 2. §. *item Pomponius*, *ff. pro emtore*. At in possessione nihil refert, utrum juste quis, an injuste possideat, *l.* 3. §. *e contrario*, *ff. eod.* Ita ratiocinatur Accursius in *d. l.* 2. *ff. pro soluto*, & in *d. l.* 1. *C. eod.* Aliam rationem vide apud Cujacium 24. *obser* 8. & Valentiam in *d.* §. *item acquirimus*, *a num.* 21.

QUÆSTIO VI.

Quibus modis possessio acquiritur.

QUamvis possessio sine corporali apprehensione rerum nequeat acquiri, quia res facti est, *l.* 3. §. 1. *ff. eod. l. denique*, *ff. ex quib. caus. majores*; qui utique modus naturalis est, & eo casu a nostris possessio appellatur *Nativa*, ex Bartolo in *l. Titia*, *ff. de verbor. oblig.* & Decio in *l. contractus*, *ff. de reg. jur.* tamen utilitatis, vel etiam necessitatis gratia receptum est, ut per modos etiam a Jure fictos quandoque eam adipiscamur; quibus casibus possessio vulgo dicitur *Dativa*, seu *Artificialis*, & ita acquisita, omnes effectus obtinet, quos habet possessio naturali modo apprehensa, & nihil a vera possessione distat. Egit de his modis Antonius Dadinus Alteserra *de fiction. tract.* 3. *cap.* 4. & 5. Nos eos ad quatuor genera reducimus, quæ sunt Fictio brevis longæque manus, Traditio per symbolum, sive notam, Traditio legalis, & Quæ in alia traditione fundatur.

I. Ergo est brevis & longa manus, & quid sint in Jure nostro, non admodum clarum est. Nos ita statuimus.

Brevis manus est, cum pro duabus traditionibus, quæ fieri deberent, a primo ad secundum, a secundo ad tertium, unica tantum traditio fit, seu vera seu ficta, ut si primus tradat tertio. Manifestum id est ex Ulpiano, qui inter Jurisconsultos solus de brevi manu mentionem habuit in *l. licet*, §. 1. *ff. de jure dotium*, ubi qui a Titio centum accipe-

re debebat, ei accepto tulit, sub ea lege, ut Cajæ intelligeretur donatum causa dotis: hic ea cenim videtur Creditor brevi manu a Caja accepisse, & Titio dotis gratia dedisse; qui Titius remanet debitor Cajæ, tanquam si ab ipsa accepisset. Ecce hic dat primus, id est Creditor, tertio, qui est Titius, brevi manu, quod tradere debebat Creditor Cajæ, quæ hic dicitur secunda, & Caja Titio causa dotis sibi constituendæ. Similis casus habetur in *l. hæc ratio*, §. *fin. ff. de donat. int. vir. & uxor.* in *l.* 2. § *cum vero*, in *l qui id*, §. *fin. ff. de donat.* in *l. singularia*, *ff. de reb. credit.* & in *l. quod meo*, §. *venditorem*, *ff. hoc tit.*

Longa manus idem est, quod brevis, ut inter tot Interpretes solus Accursius recte vidit in *d. l. licet*, §. 1. & in *l. pecuniam*, *ff de solution.* ubi solum mentio longæ manus habetur: ait enim ibi Jabolenus; rem mihi debitam, si in conspectu meo ponere te jubeam, finge supra mensam, efficitur, ut tu statim libereris, & res mea esse incipiat, & quodammodo longa manu tradita existimanda est. Hic traditiones hoc ordine faciendæ erant: tu qui es primus, tradere debebas mihi secundo rem debitam, quam ego secundus supra mensam, quæ est tertia, ponere debebam. Sed non ita factum est: verum tu primus supra mensam, quæ est tertia, posuisti.

Hoc factum per brevem manum diceret Ulpianus, sed Jaboleno placuit longam manum appellare: utrumque autem recte, cum ad diversa respexerint. Brevis ideo est, quia duæ manus, seu traditiones, restrictæ sunt, & veluti migrarunt in unam. Longa e diverso manus est, quia una manus, seu traditio, tantum valet, quantum si duæ factæ manus essent.

Itaque gravissime fallitur Hotomanus in *l.* 6. *C. de donat.* ubi distinguit inter longam, & brevem manum; ita ut brevi manu id donari dicat, quod transit de manu donantis recta in manum donatarii: tunc vero longa manu, cum donator absens absenti per nuncium vel per procuratorem mittit. Falsus etiam est Dionysius Gothofredus in *d. l. pecuniam*, cum putat, longæ manus vocabulo intelligi oculos & affectum, quibus possessio rei quandoque apprehenditur, juxta illud *Deuteron.* 33. v. 28. *Oculus Jacob in terra frumenti & vini*: quod etiam dixerat Cujacius in *c.* 2. *feudor. tit.* 3. qui desumit id ex *l.* 1. §. *pen. ff. hoc. tit.* Verum licet ibi Paulus dicat, possessionem oculis quandoque apprehendi, non ideo statim oculi longæ manus sunt. Imo Jabolenus dicit, debitorem tradidisse pecuniam longa manu, quæ traditio non oculis, sed manu facta est.

Fictio per symbolum est, cum unius rei traditio alterius rei traditionem factam inducit.

Hujusmodi est I. per claves, ut si merces in horreo, aut vinum in cella vendatur, & clavium horrei aut cellæ traditio fiat, ipsæ merces & ipsa vina tradita videntur, *l. qua ratione*, § *item si quis*, *ff. de acqui. rer. dom.* modo id fiat in re præsenti, hoc est apud ipsum horreum vel cellam, quod necessario exigi patet ex locutione conditionali textus in *l. clavibus*, *ff. de contr. emt.* ibi: *Possessio tradita videtur*, *si claves apud horrea traditæ sint*. Concordat textus in *l.* 1. §. *pen. ff. eod.* Ita quoque possessio sacrarii per traditionem clavium apud ipsam Ecclesiam acquiritur. Vide Barbosam *de Canonicis cap.* 15.

Hæc vero species fictionis per symbolum non in una solum possessione, quæ facti est, locum habet, sed etiam in usufructu & proprietate, quæ jura sunt, in quibus casibus fit translatio seu collatio etiam re non præsente. Etenim in feudis fit collatio & translatio ususfructus a Domino in vassallum per investituram. *Investitur quis Regno per gladium*, *Provincia per vexillum*, ut ait Otho Frisigensis. Vide Accursium in *Instit. tit. de verbor oblig. in princ. v. firmum*, Baldum in *cap.* 1. *col.* 9. *tit. Quid sit Investitura*, *in usibus Feudor.* Andream in *Proœmio ad eosdem usus col. ult.* Neque tamen in investitura videtur translata possessio; nam post investituram agitur ad tradendum, *cap.* 1. § *ult. de nova forma fidelit.*

Diximus, his symbolis transferri in feudis usumfructum: quæ fuit Cujacii opinio in *lib.* 2. *tit.* 13. *in usib. feudor.* Verius tamen est, transferri solum dignitatem regiam, ducalem, aut similem; nam in beneficiis Ecclesiasticis, ubi symbola hujus generis quoque interveniunt, non ullus ususfructus, sed dignitas translata seu collata intelligitur: neque ullum potest discrimen proferri inter symbola Feudalia, & Ecclesiastica. Itaque D. Bernardus in *serm. de cœna Domini* hæc habet: *Canonicus investitur per librum*, *Abbas per baculum*, *Episcopus per baculum & annulum simul*. Ita quoque in tradendis, seu conferendis Ordinibus Ecclesiasticis variorum symbolorum usus intervenit, de quibus in *dist.* 23. Adde, dignitatem Doctoralem per symbola quoque conferri, quæ recenset Andreas Alciatus in *Parergis lib.* 2.

Fate-

Fatemur tamen, per symbola quandoque transferri proprietatem, ut in antiquo venditionis ædium contractu inter Pascutium, & Sequitium, ubi scriba ait: *Tu Pascuti fuste illum investito. Tu Sequiti fustem manu capito*. Ubi per eam Scipionis traditionem proprietas ædium a venditore in emtorem translata intelligebatur, si Cujacium audimus; nisi placeat potius dicere, translatam censeri possessionem. Contractum, de quo dixi, habes apud Brissonium *de Formul. lib. 6. pag. 559.*

II. Per instrumentum; nam, si instrumentum, quo mancipium emi, tibi donationis causa tradam, mancipium quoque ipsum donasse & tradidisse videor, *l. 1. C. de donat.* Quo tamen casu rei seu mancipii donati præsentia non est necessaria, ut ibidem notat Giphanius; quia instrumentum est loco rei, cujus Jus in eo continetur. Aliud est in clavibus, in quibus certe Jus contineri non potest, & earum traditio prope horreum requiritur, ut sciatur sine fraude, quæ merces, & in quo horreo conditæ tradi intelligantur. Non itaque semper rerum præsentia exigitur, sed in certis tantum casibus, ut & Cujacius admonuit *4 obs. 3.*

Et huc pertinet, cum Episcopo Ecclesiæ possessio traditur per cedulam Concistorialem, qua confirmatur electio, ex qua Episcopus potest administrare ea, quæ sunt Jurisdictionis, ubi ipsam ostendit iis, ad quos pertinet, *Extrav. injuncta*, §. *præsenti*, *de elect.* quippe in hac quoque Cedula Ecclesiæ Jus continetur, ut propterea loco rei sit.

III. Est pars pro toto. Ita tradere vinum degustandum emtori, pro totius dolii traditione, habetur, *l. 1. & 4. ff. de peric. & comm. rei vend.* Et huc referenda est *Scotatio*, de qua ex consuetudine Daniæ meminit Summus Pontifex in *cap. 2. de consuet.* ex qua rerum donatarum possessio in Ecclesiam censetur translata. Est autem Scotatio, cum Donator glebam super Episcopi pallio, vel super altare imponebat, & testato dicebat, se vacuam rerum donatarum possessionem in Ecclesiam transferre, hoc enim casu pariter pars pro toto traditur, hoc est, gleba pro fundo. Ceterum Scotatio deflectitur a *Scot*, quod Germanorum lingua est Contributio, nobis *Scotto*. Unde pecuniam, quam olim Regnum Angliæ in signum subjectionis D. Petro quotannis solvebat, appellabatur *R miscot*: ut quod a singulis de populo contribuebatur. Cironius *1. ob serv. jur. Canon. 9.*

IV. Species pro quantitate. Exemplum est in *l. rogasti*, *ff. de reb. cred.* ubi si rogasti me, ut tibi pecuniam crederem, & ego, cum non haberem, lancem tibi dedi, vel massam auri, ut eam venderes, & nummisutereris, ipsa pecunia, quam ex venditione comparabis, mutua esse dicitur. Itaque traditio speciei, nimirum lancis, inducit per symbolum traditionem ipsius pecuniæ, seu quantitatis.

Traditio legalis est, ubi nihil traditur, sed tale aliquid fit, unde rem traditam intelligere oportet.

Hujusmodi est I. Per satisdationem; nam cum is, cui novum opus nunciatum est, satisdat de opere demoliendo, si denuncians de Jure suo doceat; tunc satisdans possessor fit, eique ædificare licet, *l. si alius fecerit*, §. *ait Julianus*, *ff. quod vi aut clam*. Quamvis Bartolus cum aliis opinetur, per solam operis novi nunciationem eum, cui nunciatum est, fieri possessorem, ex *l. 1. §. in operis*, & *l. de pupillo*, §. *meminisse*, *ff. de oper. novi nunciat.* De qua tamen re latius infra in *l. naturaliter*, §. *nihil*, *commune*, *par. 3.*

II. Exceptio usufructus: ut si donando rem, usumfructum mihi excipiam, rem ipsam tradidisse videor, & ita perfecta donatio est, *l. quisquis rem*, *C. de donat.* Ratio est, quia ususfructus & proprietas simul in eodem esse non possunt, & nemini res sua servit. Hæc fictæ traditionis species antiquis Jurisconsultis (quidquid repugnet Cujacius. 19. *obs.* 18.) nota non fuit, argumento ex *l. Seja*, *ff. de mort. caus. donat.* ubi Seja Titio cognato bona sua donavit, eaque ipsi tradidit, sed sibi usumfructum excepit. Utrumque igitur ibi intervenit, nempe & traditio corporalis, & exceptio ususfructus; fuit enim ea donatio per mancipationem celebrata, ut ostendunt verba illa, *Traditionibus factis*, nam ait: *Seja cum bonis suis, traditionibus factis, Titio cognato donationis causa cessisset, usumfructum sibi recepit*. Nec quod dicatur, *Cessisse*, propterea ulla hic in Jure cessio comminiscenda est; nam in Juris cessione satis erat, sibi bona abdicare, sine ulla traditione, Chavarri in *Didascalia multiplici par. 1. cap. 1. num. 3.* Deinde hæc fictio introducta fuit ex constitutionibus Principum in duobus casibus, donationis & dotis, quæ & ipsa est donationis species, *l. pen. & ult. C. Theod. de donat.* Verum Tribonianus eas leges cum retulisset in codicem Justinianæum in *d. l. quisquis rem*, extendit etiam ad venditionem.

III. Est rei demonstratio; nam columnæ, & similes res, quæ propter magnitudinem ponderis facile loco moveri non possunt, pro traditis habentur, si emtor & venditor in re præsenti consenserint, ut dicitur in *l.* 1. §. *pen. ff. eod.* Quod intelligendum est, si columnæ demonstrentur; quippe illa demonstratio pro traditione habetur, ex *d. l. quod meo*, §. *si venditorem*, ubi si mihi vicinum fundum mercaturo venditor ex mea turre demonstret, vacuamque possessionem se tradere dicat, non minus possidere incipio, quam si pedem finibus intulissem.

IV. Custodiæ positio. Ita si acervum lignorum emero, & cum venditor tollere me jusserit, simul atque custodiam apposuero, traditus mihi videtur, etiamsi corpore acervus non sit apprehensus, *l. quorundam*, *ff. eod.*

V. Est Consignatio; quippe traditæ videntur tabulæ, quas emtor signavit, *l. quod si neque in fine*, *ff. de peric. & comm. rei vend.* Dubitatum tamen est, an id ipsum locum haberet in vino: & Trebatius docuit, si dolium signatum sit ab emtore, traditum censeri: cui discipulus Labeo contradixit, quia dolium non solet signari, ut traditum videatur, sed ne vinum submutetur; & huic sententiæ adhæret Ulpianus in *l.* 1. §. *si dolium*, *ff. cit. tit.*

Ad Consignationem referri posse videtur infixio hastæ, de qua vetus quæstio fuit in Thracia inter Andrios & Chalcidenses, ut refert Plutarchus *qq. Græc.* 29. Erat Acanthus urbs a barbaris deserta: ad ejus possessionem acquirendam duo pariter viri accesserunt, alter ab Andriis missus, a Chalcidensibus alter. Accidit, ut Chalcidensis prior excurreret, jamjam urbem vacuam occupaturus. At Andrius, qui retro currebat, hastam conjecit, & urbis portæ infixit, ac se hasta Andriis urbem præcepisse exclamavit. Hinc orta lis, quam in Erythreos, Samios, ac Parios, litigantes compromiserunt. Plutarchus testatur, pro Andriis duos stetisse, pro Chalcidensibus solos Parios. Itaque Andrii vicerunt: neque enim dubitandum, quin major pars prævaluerit; quamvis Hugo Grotius *lib.* 2. *jur. Holland. cap.* 8. §. 6. contrarium putet, quem recte coarguit Ulricus Hubertus 4. *digressio. Justinianear. cap.* 18. §. 2. Ratio ex eo pendet, quia possessio per hastæ infixionem per fictum quidem modum est: sed possessio ficto modo quæsita nihil in effectu distat ab ea, quæ naturali modo apprehenditur, ut jam dictum est.

VI. Exemtio. Qui ergo saxum de suo eximere mihi permisit, donationis causa, statim ac lapis exemtus est, habetur ut quasi traditus, & meus fit. Idem quoque Jus est, si permiserit legere racemum uvæ, arborem cædere, stirpem evellere, *l. qui saxum*, *ff. de donat.* Idem est in arena, creta, marmore, & similibus, *l. permisit*, *ff. de præscr. verb. l. si cum mihi*, *ff. de dolo malo.*

VII. Ingressio, ut si consensu Auctoris, id est, venditoris, in possessionem emtam ingressus fuero, ea mihi tradita censetur, *l. quædam*, *ff. de rei vind. l. non idcirco*, *C. de contr. emt. l. si emancipatis*, *C. si quis alteri*, *l. minus*, *C. hoc tit.*

VIII. Precarium vel Conductio. Quare si quam rem tibi donavi, eandem a te precario recipiam, aut conducam, dicitur perfecta donatio, & res tibi intelligitur tradita, *l. si aliquam*, *ff. eod. d. l. quædam.* Idem est per simplex Constitutum, de quo latius infra in *l. quod meo.* Idem est in Transactione & in Jurejurando in litem *l. ejus rei*, *cum sequ. ff de rei vind.* & in Societate omnium bonorum, *l.* 1. & 2. *ff. pro socio.* Idem etiam in Acceptilatione, & Novatione, ut patet.

Tandem est Corona Memorialis. Clericus enim vel Monachus, qui sua bona Monasterio aut Ecclesiæ vovebat, in signum oblationis & donationis, coma deposita, ampliorem coronam gestabat, per quam Monasterio aut Ecclesiæ tradita & quæsita possessio intelligebatur, ut patet ex Innocentio III. *epist.* 245. *lib.* 1. & ex Concilio Cabilonensi 11. sub Carolo Magno *can.* 7. In hodie recessit ab usu; nam solum per Religionis professionem bona Ecclesiæ censentur tradita & quæsita, nisi prius de ipsis Monachus disposuerit, *auth. ingressi*, *auth. si qua mulier*, *C. de sacros. Eccles.*

Ultima species fictæ traditionis est, quæ fundatur in vera traditione antecedenter facta: ut rem tibi tradidi ex causa depositi, vel mutui: mox vero eandem rem tibi vendidi, vel donavi; statim sine nova traditione tibi dominium acquiritur per solam patientiam, cum patior rem perpetuo penes te esse, *l. qua ratione*, §. *interdum*, *ff. de acqu. rer. dom. l. certi condictio*, §. *ult. ff. de reb. cred.*

Vul-

Vulgo Doctores putant, ex sententia Judicis dominium transferri, ex §. *ult. Instit. de offic. Jud.* ubi id, quod in tribus istis judiciis, Familiæ Ercifcundæ, Communi dividundo, & Finium regundorum, alicui adjudicatum est, statim ejus fit, cui adjudicatum fuit. Recte tamen Faber *decis.* 98. *err.* 1. hanc sententiam ex ipso §. *ult.* aperte reprobari docet: nam si in tribus istis judiciis, quod adjudicatum fuit, statim ejus fit, cui adjudicatum est, consequens est, ut in aliis judiciis omnibus aliud sit: nec enim omnis judicatio est adjudicatio. Quippe dominium transfertur non ex vi sententiæ Judicis, sed ex potestate adjudicationis; quæ adjudicatio ex lege XII. tabularum unus est ex modis particularibus acquirendi dominii; Ulpianus in *Instit. tit.* 19. *de domin. & acquisit. rer.* Hi vero sunt Mancipatione, Traditione, Usucapione, in Jure Cessione, Adjudicatione, Lege, ut *ibidem* §. 1.

QUÆSTIO VII.

De Retinenda Possessione.

Quoniam conditio hominis non patitur, ut possit quis per singula horarum momenta rebus suis corpore incumbere; merito factum est, ut possessio, licet non nisi corpore & animo acquiratur, tamen solo animo possit retineri; quamvis nullum relinquamus in re, sive servum sive liberum hominem, qui nostro nomine rem detineat, *l.* 3. §. *si quis nuncier* 6. & §. *saltus* 9. *l. clam*, §. *qui ad nundinas*, *ff. eod.* & in specie *l.* 9. §. *ult. ff. de reb. cred.*

Dubium tamen est, utrum hereditas jacens retineat possessionem, quam defunctus acquisivit? Et communis opinio docet, hereditatem non vere possidere; quia possessio facti est, cujus facti capax non est persona ficta, uti hereditas, sed tantum persona vera. Imo volunt, nec possidere ficte, quia fictio ad ea, quæ facti sunt, non pertinet, *l. denique*, *ff. ex quib. caus. major. l. in bello*, §. *facti ff. de captivis*. Unde quia furtum possessionis est, propterea hereditati furtum non fit, *l.* 1. §. *Scævola*, *ff. si qui test. lib.* Ita post alios Cujacius *lib.* 23. *quæst. Papin.* in *l. justo*, §. *nondum*, *ff. de acquir. poss.* Faber in *Rational.* in *l. miles*, *ff. ex quib. caus. major.*

Verius tamen est, hereditatem fingi possidere; non tamen generatim in quantum ad omnia, sed tantummodo in quantum ad unum casum, ut scilicet possit perficere usucapionem; nam si defunctus cœpit usucapionem, hereditas jacens usucapionem perficit, si res medio tempore a nullo possessa sit: atque ita possessio testatoris heredi prodest, *l. possessio testatoris*, *ff. de usucap.*

Et probatur I. quia usucapio sine possessione esse non potest, §. & *ideo*, *Instit. de usucap.* Sed hereditas usucapit. Ergo etiam possidet. Non enim recipi potest, quod Faber & Cujacius volunt, Jure singulari constitutum esse, ut a possessione cœpta usucapio, etiam sine possessione continuetur. Non, inquam, recipi potest, quia hoc Jus singulare nusquam in toto corpore Juris expressum est, & omnino fictum ab adversariis. Dicendum itaque est; hereditatem hoc casu æquiparari debitori, qui pignus creditori datum possidet, sed ad unum tantum casum, ut usucapiat, *l.* 1. §. *per servum corporaliter*, *ff. eod.* Æquiparari etiam ei, qui precario alteri rei possessionem concessit, nam & is possidet ad unicum usucapiendi effectum, *l. & habet*, §. *eum qui*, *ff. de precario*: favet enim lex usucapioni, ut quæ litibus finem imponit.

Probatur etiam ex *l. gerit*, *ff. de acquir. hered.* ubi hæc habentur: *Cujus possessio qualis qualis fuit in hereditate*: quæ verba duo ostendunt. Primo, hereditatem possidere. Secundo, ejus possessionem esse non plenam, sed imperfectam; cum ceteris Juris effectibus careat, una usucapione excepta.

Non negamus tamen, qualem qualem possessionem aliquando denotare possessionem naturalem, seu detentionem; & hoc sensu Fructuarium dici qualiter qualiter esse quasi in possessione, *leg.* 3. §. *ult. ff. de vi & vi arm.* & qui precario in fundo moratur, dici qualiter qualiter possidere, *l. is qui*, § *Aristo*, *ff. eirat. titul.* At in aliis casibus affirmamus, illis verbis Jurisconsultos rem significare, quæ imperfecta sit, *l. rescriptum*, §. 1. *ff. de distract. pignor. l.* 1. §. *sed & si servus*, *ff. de ventre inspic. l. is qui*, *ff. de acquir. hered. l. ult.* §. *fin. ff. de divort. l. ult. ff. de inoff. test.* Ceterum in nostra specie dici nequit, possessionem hereditatis esse naturalem, quæ non est satis ad usucapionem: consequens est, ut illis verbis significetur possessio civilis, se non plena nec perfecta.

Sunt qui nostram conclusionem probent etiam

etiam ex *d. l. cum miles*, *ff. ex quib. cauf. major.* in illis verbis: *Quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad hereditatem*, & *plerumque non adita hereditate completur*. Sed hoc nihil probat; nam possessio eo loco pro usucapione posita est: hæc enim est, quæ completur aliquando ante hereditatem aditam. Ita quoque possessio pro usucapione est in *l. denique*, *ff. ex quib. cauf. major.* in *l. si fundum*, *ff. de fundo dotali*, cum concordantibus, ut supra notatum est.

Nec obstat quod Adversarii objiciunt, fictionem ad res facti non pertinere; nam id verum est, quando factum ad Jus non tendit: quod secus est in casu nostro, ubi possessio hereditatis tendit ad usucapionem, quæ Juris est; tunc enim lex in rebus facti fingit, *l. consilium* §. *quæsitum*, *ff. de curat. furiof.* ubi in solutione, venditione, traditione, satis est consensus unius ex Curatoribus furiosi, quia alter fingitur consentire; ideo scilicet, quia hujusmodi actus facti magis quam Juris sunt. E contrario in his, quæ meri Juris sunt, ut in arrogatione furiosi, omnium curatorum expressus consensus exigitur *l. fin. C. de auctor. præst.* Id quod supra etiam diximus.

QUÆSTIO VIII.

De amittenda Possessione.

TRes hic casus principales distinguere oportet. Primus est in rebus immobilibus, quas solo animo possidemus, ut accidit de saltibus hybernis & æstivis; & harum possessionem solo animo amittimus, ut recte notat Harmenop. 2. *Prochin.* 1. *in princ.* At si dum possessionem animo retinemus, alius ingrediatur, & rem occupet, adhuc possessionem retinemus, sed quousque ab alio occupatam ignoremus; nam ignorantia non tollit animum, & quod animo retineo, mihi non tollitur, nisi animo desinente: ad exemplum obligationum, quæ eodem modo solvuntur, quo quæri adsolent, ut dicitur in *l. quamvis saltus*, *ff. eod.* Unde si rescivernim, alium fuisse ingressum, tunc possessionem ejus rei amitto, scilicet si timore conterritus noluerim accedere; videor enim ea formidine animum amittere, *l. 3.* §. *si quis nunciet*, *l. 7. ff. eod.* Vel si Occupator Dominum revertentem non admiserit, *l. clam*, §. *qui ad nundinas*, *ff. eod.*

Hæc in rebus soli locum habent: nam rei mobilis possessionem etiam ignorantes amittimus, puta si ignoremus rem surreptam: quippe rerum mobilium facilius, quam stabilium, possessio amittitur; veluti si neglecta & omissa custodia sit, etiamsi nemo alius invaserit, *l. 3.* §. *Neratius*, & §. *Nerva*, *l. si rem mobilem*, *ff. eod.* Hinc si lapis meus demersus sit in flumen, nec statim extractus, dominium ejus retineo, possessionem amitto, quia desiit esse sub custodia mea, *l. Pomponius ff. eod.* Hinc etiam si quam possidebam rem mobilem ita perdiderim, ut ignoretur ubi sit, possessionem amisi, *l. si id quod*, *ff. tit. tit.*

In servo speciale est, ut eum possideamus, quamvis desierit esse sub custodia nostra, sive eum nemo apprehenderit, sive apprehenderit, & hoc ignoremus; quia potest homo proposito revertendi Domino possessionem sui conservare, *dict. l. si rem mobilem in fine.* Imo servus etsi proposito revertendi careat, ut est de fugitivo, tamen sui possessionem Domino intervertere nequit, *l. rem qua*, *dict. l. Pomponius in princ. ff. eod. l. interdum*, §. *servi*, *ff. de public.* ut latius supra.

Secundus casus est de rebus immobilibus, quas quis possidet animo suo, & corpore alieno, id est, coloni vel servi. Et expulso servo vel colono, nos, etsi id ignoremus, possessionem amittimus, *d. l. peregre*, §. *ult.* Et ratio est, quia nos expulsi videmur, *l. 1.* §. *quod servus*, *ff. de vi & vi armata*, ubi notatur etiam, nobis competere interdictum unde vi.

Quod si servus sit, quem per alium possidemus, is statim ac fugam arripit, nobis possessionem sui intervertit, nisi eo animo aufugerit, ut ad nos redeat, *l. si rem*, *ff. eod.* Secus est, si nos animo & corpore nostro possideamus; quo casu servi fugitivi possessionem non amittimus, nisi diu se pro libero gesserit, vel ab alio possideatur, sive bona, sive mala fide, *l. 3.* §. *si servus*, *ff. eod.* ut latius supra.

Illud quæsitum est, utrum locator desinat possidere, si colonus deserendæ possessionis causa sponte de fundo exiisset. Idem est de servo, & de quacunque alia persona, per quam possidemus. Hæc quæstio olim Sabinianos, & Proculianos commisit. Nam Sabinus docuit, locatorem desinere possidere, si colonus desidia vel dolo de fundo discessisset,

set, animo deserendæ possessionis: colono vita decedente, non item. Ita etiam Aphricanus in *l. si de eo*, §. 1. & Pomponius in *l. si colonus*, *ff. eod.* dum ait locatorem possidere, si colonus exierit de fundo non deserendæ possessionis causa. Nam inde sequitur ex contrario sensu, locatorem non possidere, si colonus de fundo digrediens, habuerit animum deserendæ possessionis. Ceterum Aphricanus & Pomponius ex Sabini sententia hæc proposuerunt, ut Cujacius in citatis legibus observat.

In contrariam sententiam ivit Proculus, qui indistincte, sive colonus decesserit, sive discesserit, Dominum non amittere possessionem docuit. Quod sequutus est Paulus in *l. 3. §. quod si servus*, *ff. eod.* in hæc verba: *Quod si servus vel colonus, per quos corporaliter possidebam, decesserint, discesserintve, animo retinebo possessionem.* Hujus dissidii causa videtur fuisse, quia ex Sabino colonus possidet naturaliter; at idem ex Proculo nullo modo possidet, licet in possessione sit.

Et Proculi sententiam, ut magis æquam amplexus est etiam Justinianus in *l. ult. C. eod.* ubi expresse rejecta Sabinianorum opinione, statuit nihil penitus Domino præjudicii generari, si servus, procurator, colonus, inquilinus, vel quispiam alius, per quem corporaliter possidemus, possessionem vel desidia reliquerit, vel dolo alii prodiderit. Vide latius Cujacium ad Aphricanum in *d. l. si de eo*, §. 1. Fabrum *decis.* 4. *per tot.* Merillum in 50. *decis. Justin. dec.* 47.

Duo itaque Locatori sive Domino Justinianus impertitur. I. Interdicta retinendæ possessionis; quippe locator adhuc possidet, ut recte Martinus observat ex illis verbis: *Nihil penitus Domino præjudicii generatur*; quamquam Joannes hæc verba cœperit de dominio, non de possessione, ut Domino competant interdicta recuperandæ possessionis, quem sequutus est Menochius *de recuper. rem.* 14. II. Ut præterea Dominus agere possit contra colonum, procuratorem, aliamve liberam personam, ut sibi resarciatur omne damnum, quod ex eorum negligentia vel dolo ipse passus sit, actione scilicet locati, mandati, & similiter, ut ibidem patet. Vide late Fabrum *decis.* 57.

Tertius casus est de rebus immobilibus, quas quis possidet corpore & animo suo. Et hic magna inter Jurisconsultos dissensio est; nam solo animo possessionem amitti, sæpius in hoc nostro titulo statuitur, a Paulo in *l. 3. § in amittenda*, his verbis: *In amittenda quoque possessione affectio ejus, qui possidet, intuenda est. Itaque si in fundo sis, & tamen nolis eum possidere, protinus amittes possessionem. Igitur amitti & animo solo potest, quamvis acquiri non potest.* Idem habetur ex Ulpiano in *l. si me in vacuam*, & ex Papiniano in *l. peregre*, §. *ult.*

Verum Paulus sibi ipsi adversari videtur in *l. quemadmodum ff. eod.* ubi inquit: *Quemadmodum nulla possessio acquiri nisi animo & corpore potest; ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Concordat textus in *l. fere*, & in *l. nihil tam naturale*, *ff. de reg. jur.* ex ea nempe regula, quia nihil tam naturale est, quam rem eodem modo solvi, quo fuit constructa.

Pro qua antinomia solvenda varie se torquent Doctores apud Accursium in *d. §. in amittenda*, Connan. 3. *comm.* 9. Fachin. 8. *contr.* 21. Communiter distinguunt cum Joanne antiquo Juris nostri interprete. Aut enim amissio possessionis incipit ab animo; & ad amittendum satis est solus animus, ut patet in Constituto: quippe amittitur solo animo possessio fundi, si non inde corpore nostro discedamus, sed maneamus nomine alieno, *l. quod meo*, *ff. eod.* Et ita intelligitur *textus* Pauli in *d. l. 3. §. in amittenda*, & Ulpiani in *d. l. si me in vacuam*, cujus verba sunt: *Animo deponere & mutare possessionem nos posse, & Celsus & Marcellus scribunt.* Dicit *deponere & mutare*, quia in constituto mutatur possessor; nempe possessionem deponit Constitutor, qui eam mutat in Constitutarium.

Aut incipit a corpore, ut si quis a fundo digrediatur; & tunc id satis non est, nisi animus deponendi possessionem accedat, ut intelligitur *textus* in *d. l. nihil tam naturale*, & in *d. l. quemadmodum*, qui explicandi sunt ex *textu* in *d. l. fere*, ubi dicitur, possessionem fere amitti animo & corpore, hoc est, non semper, sed ut plurimum. Hanc eandem distinctionem ante Joannem docuit Bulgarus in eadem *l. fere*, quo nomine in notis Placentinus eum laudat, os aureum vocans, egregie id eum excogitasse testificans. Sequitur Cujacius *ibidem*, & in *d. l. quemadmodum*.

Utrumque docuit Papinianus in *d. l. peregre*, §. *ult.* quippe ait: *Nam ejus quidem, quod corpore nostro teneremus, possessionem amitti, vel animo, vel etiam corpore.* Quibus verbis

bis continuo subjicit circa secundam partem distinctionis: *Si modo eo animo inde digressi fuissemus, ne possideremus.* Quare cum ab animo incipit, satis est solus animus; cum a corpore, opus est ut accedat animus.

Quod attinet ad modos, quibus possessio amittitur, ii omnes sunt, quibus Jure gentium dominium amittitur; aut si res fiat sacra, sancta, vel religiosa; aut si in aliam speciem mutata sit, veluti si ex lana vestis fiat, *d. l. 3. §. Neratius*, *l. qui universas*, *§. possessionem*, *ff. eod.*

QUÆSTIO ULTIMA.

De Commodis Possessionis.

Commoda possessionis multa sunt, nec modica; quæ in causa sunt, ut plerumque, & fere semper, ingens existat contentio de ipsa possessione, ut notat Justinianus in §. *retinendæ*, *Instit. de Interdictis*. De his Commodis hic ultimo loco agendum est.

De primo Commodo, quod est Accessio.

Primo est Accessio, de qua late in *l. Pomponius*, §. 1. *cum seqq. ff. eod.* & in *tit. Digestorum*, *de diversis & temporalibus præscriptionibus*, *& de accessionibus possessionum*. Est autem Accessio, Conjunctio possessionis Auctoris, & ejus qui ab eo habet, ad subducendam rationem legitimi temporis, quo impleri usucapio solet. Et hæc conjunctio locum habet tam in successore rei, quam Juris.

Ita emtor, qui est rei successor, suæ possessioni conjungit tempus, quo venditor rem possedit: & contra possessio emtoris accedit possessioni venditoris, si scilicet emtor ob morbum vitiumve latens rei venditæ, rem redhibuerit venditori, *d. l. Pomponius*, §. *præterea*. Legatarius tribus accessionibus gaudet, temporis quo legator possedit, quo hereditas jacuit, & quo heres possedit ante existentem conditionem legati conditionalis, vel ante restitutionem legati puri, *ibidem*, §. *sed & legatario*.

In herede, qui est successor Juris, habet locum accessio, non secus atque in emtore, aut alio quocunque, qui sit successor rei. Distat tamen heres ab emtore in hoc, quia quod Auctor præ mala fide usucapere non potuit, id tamen emtor bonæ fidei usucapiet, si non utatur accessione Auctoris. Secus est in herede; nam quod propter malam fidem defunctus usucapere non potuit, ejus heres, etiamsi a se inchoet possessionem, nec utatur adminiculo possessionis defuncti, usucapere non potest, licet ipse heres bonæ fidei possessor sit. E contrario quod usucapere defunctus potuit, & heres usucapere potest, & utetur accessione, licet ipse malæ fidei possessor sit, ut contra Azonem tuetur Accursius in *l. vitia*, *C. eod.* & Joan. in *l. nihil*, *C. de usucap. pro herede*, Doctores magis communiter cum Alberico, & Baldo in *d. l. vitia*, Cujac. in *l. Pomponius*, §. *si liber*, *ff. eod.*

Id I. Constat ex Papiniano in *l. Cum heres*, *ff. de divers. præscript.* ubi generatim scriptum est: *Heres ignoratione sua vitia defuncti non excludit.* Ubi illud, *defuncti*, demonstrat de vitiis personalibus sermonem haberi: nam vitia realia appellantur *vitia possessionum*, *l. vitia*, *C. eod.* Demonstrant id ipsum verba sequentia: *Veluti cum sciens alienum illum, ille vel precario possedit*, ut in Pandectis Florentiais legitur. Cujacius ad Papinianum ibi emendat: *Sciens alienum, vel vi, vel precario.* Faber vero *dec. 76. err. 10. Sciens alienum, clam ille, vel precario*. Alii aliter. Quærit ibi Papinianus, an heres ignorans precarium defuncti, possit usucapere, aut præscribere? Utrumque negat ea ratione, quia licet heres bonæ fidei sit, tamen defunctus, qui precario rogavit, fuit in mala, & vitium defuncti transit in heredem etiam ignorantem. Quæ certe ratio viget, quamvis hæres a se ipso usucapionem, & longam possessionem inchoare velit.

II. Constat ex *l. ult. C. comm. de usucap.* ubi indistincte heres bonæ fidei non usucapit, *propter defuncti vitium*, ut textus ait, hoc est, etiamsi a se usucapionem ordiri contendat, mala defuncti fides ei erit obstaculo.

Certe in hac lege, & in antecedenti *l. cum heres*, quæstio non fuit, an heres uti accessione posset; neque de hoc poterat dubitari, propter apertam Juris regulam, quæ habet, *Possessio vitiosa non accedit non vitiosæ*, *d. l. Pomponius*, §. 1. Quæstio solum fuit, an heres a se usucapionem inchoare posset: & id in citatis Juribus negatur.

Ratio dubitandi erat, quia singularis successor, uti emtor, donatarius, legatarius, ubi bonæ fidei est, a se usucapit, quamvis Auctor, id est, venditor, donator, legator, in mala extitisset, *l. an vitium*, *ff. de divers. præscript.* ibi: *Et puto neque nocere, neque prodesse*; nam

deni-

denique & usucapere possum, quod Auctor meus usucapere non potuit. Etiam heres si ex rebus defuncti quidquam titulo singulari quærat, recte usucapit, non obstante ipsius defuncti vitio. Vide *textum* in *d. l. an vitium*, §.1.

Ratio vero decisionis in contrarium pendet ex eo, quia usucapio sine titulo non consistit, id est, sine justa causa possessionis, §. *novissime*, *Instit. de usucap.* Heres vero non possidet res a defuncto sibi obventas, nec pro suo, nec pro donato, aut alio titulo singulari; sed solum titulo universali pro herede, *l. 1. ff. pro herede*: sed heres Jura defuncti repræsentat, id est, præter alia, etiam bonam, aut malam fidem. Et hoc sibi volunt verba illa *d. l. cum heres*: *Cum heres*, inquit, *in Jus omne defuncti succedit, ignoratione sua vitia, &c.* Ergo propter obicem malæ fidei nec a se usucapere potest. Hæc in Successore singulari locum non habent.

Nec I. in contrarium urget, Jura personalia non transire in heredem, uti in usufructu constat: nec dubitari posse, quin mala fides inter Jura personalia sit. Nam facile respondetur, Jura personalia duplicis esse generis: alia, quæ cum persona pereunt, ut usus, ususfructus, habitatio; alia, quæ non pereunt, nam & actiones, & obligationes, Jura personalia sunt, & tamen in heredem transeunt, *l. aliam*, *ff. de novat.* Et inter hæc, bona, & mala fides est, ut ex citatis juribus palam est.

Nec II. urget *l. 1. C. de præscr. longi temp.* qua se tuetur Azo, ubi generatim scriptum est: *Res, quæ ad nova dominia transeunt, posse prascribi, si novus possessor accessione prioris Domini, qui in mala fide fuit, non utatur*. Id enim verum est in *novis dominiis*, ut textus ait, hoc est, in successoribus singularibus, non etiam in herede, qui novus Dominus non est, ut qui idem cum defuncto Dominus esse dicitur, *auth. de jurejur. a morien. præst.*

Nec III. obstat Pomponius in *l. plerique*, *ff. pro herede*, ubi si putem rem aliquam ex hereditate esse, quæ non sit, plerique putaverunt posse me usucapere. Nam respondetur, speciem esse in defuncto, qui nec bonæ nec malæ fidei sit, ut qui nullam de re notitiam habuit; veluti si in stabulo defuncti equum alligatum reperiam, de quo nihil defunctus sciebat. Eum ego ex hereditate esse putavit. Quæsitum est, an usucapere possim? Quidam negabant, ex eo quod nullum titulum habere videor; deficit enim hic titulus pro herede, qui locum habet in iis tantum rebus, quas testator possidebat, & ex hereditate sunt. Plerique tamen putarunt, me usucapere titulo saltem pro suo, quibus Pomponius consentit.

Hæc, quæ diximus, non modo in herede extraneo locum habent, sed etiam in suo, ob rationem supradictam. Vulgo id probant ex *l. nihil, C. de usuc. pro herede*, illis verbis: *Nihil pro herede posse usucapi, suis heredibus existentibus, obtinuit*. Ita communiter post Accursium illum textum intelligunt. Sed tamen alia omnino species est; non enim ulla ibi mentio bonæ vel malæ fidei defuncti; sed generatim dicitur: *Nihil pro herede posse usucapi*. Species ergo ita ponenda est. Quidam decessit, præteritis filiis in potestate, alio instituto herede; qui ob ignorantiam vel Juris vel Facti, hereditatem tempore legitimo bona fide possedit. Quæsitum est, an usucapiat pro herede contra filios suos heredes? Et negatur, quia titulus nullus est ex testamento nullo; titulus vero nullus usucapionem impedit, *l. 1. §. si pater*, *ff. pro donato*.

Objicies. Filii non solum usucapiunt pro herede, sed etiam pro suo, *l. pen. §. si pater*, *ff. pro suo*, quia scilicet Domini sunt, etiam vivo patre, *l. in suis*, *ff. de lib. & posth.* Ergo patre in mala fide existente, quamvis filius suus heres nequeat a se ordiri usucapionem titulo pro herede, poterit tamen titulo pro suo.

Distinguimus antecedens. Filii usucapiunt pro suo, si rem habeant ex successione patris, negamus. Si vero habeant ex divisione bonorum, quam pater vivus cum eis fecit, & convenit inter filios, ut post mortem patris rata esset, concedimus. Et hæc est species *d. l. pen. §. si pater*, ut recte Accursius ibi, quem vide. Ratio vero, cur usucapiant pro suo, non est, quia vivo patre domini sunt; nam cum res fuerit aliena, nec pater, nec ipsi erant domini: sed quia bona, quæ ex divisione pervenerunt, tanquam sua possidere cœperunt, argumento ex *l. 3. ff. pro suo*.

Hæc quæ de Accessione diximus, vera sunt, si medio tempore, id est, si post mortem testatoris, & ante aditam hereditatem, res vacua fuerit, & a nullo possessa; nam si in alterius manu fuit, interrumpitur possessio. Id ipsum est in Successore singulari, *d. l. Pomponius*, §. *quæsitum*, *l. pen. §. 1. ff. de div. & tempor. præscr.*

Est tamen ultimo loco notandum, quod quamvis Accessio tunc locum habeat, cum prior possessio vitiosa non fuit, id est, non vi, non clam,

non precario; tamen excipitur, cum possessio vitiosa, exempli gratia, Prædonis, mihi restituitur jussu Judicis: quo casu possessio vitiosa accedit non vitiosæ, ut probatur ex *d. l. Pomponius*; §. *si jussu*, qui conjunctis ultimis verbis §. antecedentis, ita legi debet: *Prædone possidente, si jussu Judicis res mihi restituta sit, accessionem mihi esse dandam, placuit*, ut ex Basilicis observat Cujacius *ibidem*. Ratio est, quia *restituendi* verbum, quo Judex usus est, plenam significationem habet, ut &, mihi possessio accedat, & proficiat ad usucapionem, *l. ult. §. ult. ff. de verb. signif.* Potest autem Judex facere, ut possessio vitiosa meæ accedat, tanquam non vitiosæ, propter auctoritatem rei judicatæ, *l. servo*, §. *cum Prætor*, *ff. ad Trebell. l. si fidejussor*, §. *in omnibus*, *ff. mandati*.

De secundo Commodo, quod est judicium summarium.

DUo possessoria judicia distinxit Paulus de Castro *cons.* 3. *lib.* 2. Unum ordinarium plenum, quod Jure actionis expeditur, cujus finis est, ut Judex pronunciet, uter possideat; ita enim fiet, ut is, qui victus est, petitoris partes assumat, & de dominio quæratur, *l. exitus*, *ff. eod.* Ratio cur plenum sit, est quia qui vicit, perpetuo manet in possessione, usque dum victus in petitorio obtineat. Quia ergo maximi præjudicii est, omnes Juris solemnitates exigit, libellum, litis contestationem, plenam probationem, & reliquum judicii ordinem. Hinc sententia censetur diffinitiva; & ab ea appellari potest, exequutione tamen non retardata, Afflictus *dec.* 269.

Alterum est summarium, quod Judicis officio expeditur; cujus finis est, ne lite pendente Partes veniant ad arma, se invicem turbando, cum uterque dicat se possidere: quippe summatim debet Judex cognoscere, uter sit in possessione, ex *l aquissimum*, *ff. de usufr.* Hoc autem perpetuam causam non habet, sed dumtaxat ut lite pendente is, qui potiora Jura ostenderit, remaneat interim in possessione. Quare non exigitur libellus, nec litis contestatio, nec plena probatio, & sententia censetur interlocutoria, a qua non appellatur. Ita nec testes reprobantur, nec scripturæ impugnantur, nec locum habet restitutio in integrum, Capye. *dec.* 13. & 55. Sequuntur communiter Doctores apud Menoch. *in prælud. de recup. poss. nu.* 24. *cum seqq.* quamvis repugnet Aquilinus in præfat. ad *l. naturaliter*, §. *nihil commune*, *num.* 15. *ff. eod.*

Quod si eo non obstante Partes, turbando, veniant ad arma, Judex idem causæ civilis ea de re cognoscet, non Judex quæstionis, seu criminalis, Sanfelic. *dec.* 67. *lib.* 1.

De tertio Commodo, quod est Missio in possessionem.

PRo adipiscenda possessione est remedium Justiniani in *l. ult. C. de edicto D. Hadriani toll.* Olim Fiscus ex omnibus hereditatibus vicesimam capiebat ex lege Julia; excepto eo casu, quo filii vel parentes essent instituti, qui assem illibatam accipiebant. Quæ lex cum variis interpretationibus producta, aut restricta esset, tandem edicto Hadriani confirmata fuit; in quo edicto, ut quam promtissime Fisco vicesima ab herede solveretur, statutum fuit, ut heres scriptus statim post testatoris mortem, aperto testamento, nullis obstantibus oppositionibus, mitteretur in possessionem bonorum defuncti, apud quemcunque ea bona reperirentur, vicesima Fisco soluta. Opus autem erat, hereditatem intra annum adiri; alioquin Fisco deferebatur. Donec a Gratiano Imperatore vicesima sublata est, ut putat Alciatus 4. *dispunct.* 6. ut accipienda sunt verba Justiniani in *d. l. ult.* ibi: *Vicesima hereditatis ex nostra recessit Republica*. De hac Fisci portione mentio quoque habetur in *l.* 68. *ff. ad leg. Falcid.* cujus inscriptio in Pandectis Florentinis ita se habet: *Æmilius Macer lib.* 2. *ad legem vicesimam hereditatum*, Antonius Augustinus 1. *emend.* 1. Et de ea capiendus est Martianus in *l. filiusfamilias*, §. *divi* 2. *ff. de leg.* 1. ut *tit. de legatis* explicabimus. Vide Cujacium 9. *observ.* 24. & Balduinum in *Justiniano ad dict. l. ultim.*

Ipse itaque Justinianus ex edicto Hadriani, sublato eo, quod Fisci favorem respiciebat, id tantum retinuit, quod in heredis scripti beneficium tendebat; & statuit, quod si heres, sive pro parte, sive in assem institutus, competenti Judici testamentum ostendat non cancellatum, non abolitum, neque ex ulla parte vitiatum, statim mittatur in possessionem bonorum defuncti. Et hoc; sive hereditas jaceat, sive ab alio detineatur sine justo titulo; præterea, sive heres intra annum, sive post annum immissionem petat, dummodo hereditas ab alio præscripta non sit: tandem etiamsi contradictor adsit; nam de Jure contradictoris non, nisi post captam ab herede possessionem, disceptandum est, ut *d. l. ult.* patet.

Sed

Sed plura hic notanda sunt. I. Heredem triplici Jure muniri, Petitione hereditatis de Jure civili, Interdicto quorum bonorum de Jure Pretorio, & tandem Missione in possessionem ex *ead. l. ult.* Quod postremum beneficium utilius est ceteris duobus, quia non impeditur exceptionibus, ut illa alia impediri possunt: satis enim est testamentum ostendere non vitiatum. Præterea in petitione hereditatis onus est se probare heredem, saltem summatim: in interdicto utili probare se esse bonorum possessorem, in directo se esse heredem, ut post Alanum docet Accursius *ibidem v. legitimo*, sequuntur Bartolus & alii communiter. Illud verum non est, quod Alanus dicebat, beneficium dictum *l.ult.* concedi etiam contra eum, qui titulo possidet, id enim expresse repugnat verbis illis Justiniani: *Mittatur quidem in possessionem earum rerum, quæ testatoris mortis tempore fuerunt, non autem legitimo modo ab alio detinentur.*

II. Cum dicitur testamentum non debere esse vitiatum, intelligitur de vitio visibili de facto, seu in figura testamenti, ut si desint septem testes, si sit abolitum, vel cancellatum. Quod si vitium sit visibile de Jure, seu (quod idem est) invisibile, quod habet rationem visibilis, denegatur, quoque heredi immissio; quia contra eum obstat exceptio, *Dolo petis, quod statim restituturus es, l. 1. C. de doli except.* Ita est, si testamentum conditum sit a pupillo, ex quo testamento extraneus institutus heres petat immissionem; quæ ex prædicta exceptione potest ei a legitimo successore impediri, qui in continenti & aperte de defectu Juris heredis instituti doceat, Andreas in *cap. 1. n. 1. si de feudo defuncti contentio sit.* Secus est, ubi quæstio Juris dubii esset, & de quo in continenti apparere non potest; quod reservatum erit ad judicium ordinarium, ex Bartolo in *l. cum probatis, ff. de re judic.* post alios Argel. *de acquir. poss. quæst. 2. art. 4. num. 154 cum seqq.*

III. Beneficium istud Justiniani locum habere etiam in Feudis, sive hereditariis, sive mistis, dummodo institutus in Feudis sit immediatus Successor, vel saltem remotior Agnatus eum Regis assensu; nam si assensus desit, tunc quamvis vitium sit invisibile, nec in figura testamenti appareat, tamen quia habet rationem vitii visibilis, impedit immissionem heredi scripto, ob exceptionem, *Dolo petis, &c.* qua vitatur circuitus inutilis, Idem Argel. *qu. 3. art. 2.*

De reliquis Commodis Possessionis.

I. Est Usucapio, & Præscriptio; nam qui rem corporalem a non Domino justo titulo, & bona fide accepit, licet accipiendo Dominus non fiat, quia nec tradens dominus est; tamen si tempore legitimo rem possideat, de Jure civili fit rei dominus, *l. sine possessione, ff. de usucap.* Si vero res incorporalis sit, & possideatur non vi, non clam, non precario, quasi possidendo tempore legitimo præscribitur, *l. si quis diuturno, ff. si servit. vindic.*

Hoc autem usucapionis, & præscriptionis commodo, nullum majus aut est, aut excogitari potest. Hine quisque de rebus, quas possidet, incipit esse tutus, & res, quas putabat suas, jam certo suas esse dicere potest. Ciceroni *pro Cæcina cap. 74.* Usucapio vocatur *Finis sollicitudinis, ac periculi litium.* Et præscriptionem 30. annorum, qua actiones, quæ perpetuæ erant, tolluntur, *humano generi patronam* dicit Cassiodorus 5. *variar.* 37. quia per eam Theodosius Magnus humano generi quietem paravit, ne quis post tot annorum spatium litibus implicaretur.

II. Est Fruitio; quippe bonæ fidei possessor fructus omnes, quos e re aliena percipit, suos facit, sive sponte natura provenient, sive industria possessoris; quia bonæ fidei possessor, quod ad fructus attinet, loco pene Domini est, *l. bona fidei, ff. de acqu. rer. dom.* late Doctores in *l. certum, C. de rei vindic.*

III. Est Relevatio ab onere probandi, quod onus transfertur in contrarium, *l. exitus, ff. eod. l. inter, ff. de judic. l. 3. C. de interd.* Ratio est, quia lex præsumit pro possessore. Sicut ergo præsumtio Juris transfert onus probandi in adversarium, ita & possessio, *cap. ult. de præsumt.* late Fermosinus in *cap. 1. eit. tit. qu. 3.* Excipe I. in judicio finium regundorum, in quo si conventus, ut partem fundi restituat, dicat se præscripsisse, de præscriptione docere debet, quia in eo judicio singuli litigatores vicem sustinent duarum personarum, actoris & rei, ut decidítur in *cap. ex literis, de probat.* Excipe II. ubi lex pro actore præsumit. Quare si Filius heres institutus a Patre vindicet prædium paternum a Fratre exheredato, is restituere debet, quamvis possessor sit, nisi doceat sibi a Patre donatum; quia præsumtio est pro herede, *l. sive possidetis*, ubi Glos. *v. facti*, *C. de probat.*

IV. Est Potior Conditio: nam in pari causa pos-

possessor potior haberi debet, *l. in pari*, *ff. de reg. jur.* §. *retinendæ*, *Instit. de interd.* Idque verum est tam si agatur de lucro captando, quam de damno vitando. De lucro; nam si duo, quibus est res eadem obligata in solidum, contendant inter se actione, vel interdicto salviano, possessor vincet, quamvis Jus idem utrique competat, *l.* 1. *ff. de salviano interd.* Ut si colonus ancillam in fundum duorum pignoris nomine intulerit, ita ut utrique in solidum obligata sit, is qui eam possidet, præfertur. De damno; quia communis dolus, culpa, vel mora, actori nocet, non reo: veluti moram feci in solvendo Sticho, quem promiseram; deinde eum tibi offero, sed tu nolis recipere. Si servus interit, communis mora creditori nocet, & debitor interitu speciei videtur liberatus, *l. si servum*, §. *sequitur*, *ff. de verb. oblig.* Et ita in similibus est discurrendum; nam si amborum litigantium testes sint æquales, testes possessoris præferuntur, *d. cap. ex literis*.

V. Est tituli, vel Partis occultatio. Nam actione rei vindicationis conventus, interrogatus, *Cur possides?* titulum edere non tenetur, & potest interrogationem vertere in responsionem, ut Theophilus eleganter ait, nempe, *Possideo quia possideo*, *l. cogi*, *C. de petit. hered.* Ubi tamen excipitur, quando titulus variat actionem. Quocirca heres possessorem rerum hereditatis potest interrogare, *Cur possides?* nam si reus dicat, pro herede, locum habebit petitio hereditatis, si vero pro possessore, instituetur rei vindicatio: & ita est ille textus intelligendus. Ita quoque rei vindicatione conventus non cogitur dicere, pro qua parte res ejus sit, *l. in speciali*, *ff. de rei vindic.* Exempli gratia, possides fundum Sempronianum, & petitor dicat, eum pro parte suum esse, pro parte tuum; ipse cogitur docere, pro qua parte ipsius sit: nam in dubio totus fundus possessoris præsumitur.

VI. Est Remedium Justiniani in *l. ult. C. unde vi*, quo succurritur ei, cujus absentis vacua possessio ab alio occupata est: Vacua, inquam, hoc est, quam Dominus nec corpore, nec animo detinebat, ut ibi Glos. Bartolus, & alii docent. Nam olim contra occupatorem non dabatur ullum judicium possessorium, ut qui bonæ fidei possessor habebatur, cum nescisset cujus res esset, & possessionem vacuam nactus esset. Dabatur tamen actio in rem; nam amissa possessione, non amittitur dominium, *l. Pomponius*, *in princ.* *l. si quis vi*, §. *differentia*, *ff. eod.* At Justinianus contra eum, tanquam contra prædonem, omnia beneficia possessoria concessit, nisi triginta annorum spatium transactum sit; nam quod tuum non est, alienum puta, *l. ult.* §. *nemo*, *C. comm. de leg.* Unde Demosthenes ad furem excusantem se, & dicentem, *Nesciebam rem tuam esse*, οὔτε ᾔδειν ὅτι σὸν ἐστί respondit, Atqui sciebas tuam non esse, ἐν δὲ σοῦ ὅτι ἐστὶν ᾔδεις. Ita Cujacius in *l.* 3. § *Neratius*, *ff. eod.*

Hoc remedium locum habet etiam contra eum, qui ab occupatore causam habet, Aquilinus *loc. cit. num.* 63. argumento ex *cap. sæpe*, *de restit. spoliatorum*. Sed contradicit Ripa, argumento ex *l. cum a te*, *ff. de vi & vi armata*. Hoc verius de Jure civili, illud de Jure canonico, ut mox dicemus.

VII. Est Remedium Arcadii, & Honorii in *l. si coloni*, *C. de agric. & censit. lib. XI.* Species est: Colonus glebæ addictus, sub prætextu, quod liber origine esset, e fundo ejus, qui bonæ fidei possessor erat, ad alium aufugit. Pro recuperanda coloni possessione nullum interdictum proditum est contra eum, ad quem colonus confugit; quare opus fuit novo remedio. Aget itaque antiquus possessor condictione ex *d. l. si coloni*, instituendo judicium possessorium summarium, ut colonus celeriter sibi restituatur. Quo judicio expedito, poterit deinde agi de origine & proprietate. Vide Menochium *de adipisc. rem. r.* 5. *qu.* 202

VIII. Est Remedium Nicolai in *can. redintegranda* 3. *q.* 1. vel potius Innocentii III. in *cap. sæpe*, *de restitut. spoliator.* quod amplius est, quam interdictum Unde vi. Istud enim, quia non est scriptum in rem, sed in personam, non impertitur, nisi contra eum, qui dejecit, vel heredem ipsius, *l. cum a te*, *ff. de vi, & vi armata*. At ex *d. cap. sæpe*, actio de spolio contra singularem quoque successorem datur, qui scienter rem a spoliatore recepit. Quæritur tamen, utrum idem sit, si iste, qui causam a spoliante habet, spolium ignoret. Affirmant ibi Butrius, Panormitanus, & Rubeus. Sed verius est, locum non habere; tum quia textus ille sub conditione loquitur, ibi: *Si quis de cetero scienter talem rem receperit*: conditio autem legis necessario existere debet, *l. Prætor*, *ff. de collat. bonor.* Tum etiam quia qui scit, quasi in vitium dantis succedit, ut textus notat, quod non est de eo, qui

qui ignorat. Ita Ripa *ibidem*, Corasius in *d. l. naturaliter*, §. *nihil commune par.* 2. *n.* 129. ubi etiam Aquilinus in *præfatione n.* 38. Menochius *de recup. rem.* 16. *qu* 3.

At de Jure Regni in Constitutione Federici Imperatoris, quæ incipit, *Circa violentiarum pœnas*, detentor, qui a dejectore causam habet, per quascumque manus res ambulaverit, sive sciens, sive ignorans fuerit, possessionem dejecto restituere debet condictione ex ea lege, ut Isernia, & Afflictus *ibidem* docent.

Superessent Remedia ex nostri Regni Capitulis, *Ad regale fastigium*, *Finis præcepti charitas*, & *Omnis prædicatio*, de quibus alibi dictum est.

De cumulatione Judicii Possessorii cum Petitorio, *Ad* l. naturaliter 12. §. nihil commune, ff. eod.

OLim ex legibus XII. tabularum possessionis causa omnino incognita fuit, nec pro ea adipiscenda, recuperanda, aut retinenda, ullum Juris auxilium extabat; sed opus erat ad Juris civilis actiones recursum habere. Exempli gratia, Domino, qui de fundo per vim dejectus erat, non impertiebatur ullum possessorium remedium, sed vel condicebat fundum condictione triticaria, petendo eum arbitrio Judicis æstimari, habita ratione loci & temporis, de qua vide Fab. *dec.* 83. *err.* 1. & 2. Vel rei vindicationem instituebat, ut in titulis digestorum *de condict. tritic.* & *de rei vindicat.* quarum illa est personalis actio, hæc realis. Sed sæpe actiones ex contractu, vel delicto, deficiebant; & agere rei vindicatione non satis expedire videbatur; tum quia is, a quo res vindicatur, usque ad finem litis possidere pergit, *l. inter litigantes*, *ff. de judic.* tum etiam quia reivindicantis dominium difficillimæ probationis est, *l. eum, res*, *C. de probat. l. is qui destinavit*, *ff. de rei vindic.* Proinde actores, antequam causam in judicium deducerent, omni vi, dolo, fraude, possessionem rei nancisci studebant, ut ita se ab onere probandi eximerent, quod Bolognet. in nostro §. observat, & videtur colligi ex §. *retinendæ*, *Instit. de interd.* Cui malo ut obviam irent Prætores, quibus lites dirimere cura est, *l. quidam*, *ff. si cert. petat. l.* 1. §. *inde quæritur*, *ff. de operis novi nunciat.* & ad quos pertinet, ne litigantes, quos possunt sua Jurisdictione componere, ad arma & rixas prosiliant, *l. æquissimum*, *ff. de usufr.* cœperunt suam auctoritatem interponere, propositis interdictis, quibus statuerunt, apud quem possessio rei esse oporteat, usque dum in pleniori judicio de rei proprietate statueretur, §. *summa*, *Instit. de Interd.* Vide Gonzalez in *cap. cum dilectus*, *nu.* 5. & *sequ. de causa possess.*

Sunt quidem Interdicta plerumque de possessione aut quasi: pauca quædam de proprietate & jure. Hujusmodi est Interdictum de itinere, actuque reficiendo; non enim satis est docere, se hoc anno usum, sed præterea exigitur, ut demonstret, servitutem sibi competere, vel suam esse, *l.* 3. §. *hoc autem*, *ff. de itin. act. priv.* Ita pariter Interdictum de aqua ex castello (id est ex eo receptaculo, quod aquam publicam suscipit, *l.* 1 § *hoc interdictum necessario*, *ff. de aqua quotid.*) vel ex rivo, vel ex quo alio loco publico ducenda, non conceditur, nisi ei, qui Jus sibi a Principe assignatum habeat, & quæstio proprietatis est, *l.* 1. §. *ult. ff. de aqua quotid. & æst.* Demum proprietatis causam continent Interdicta de mortuo inferendo in sepulchrum, de liberis exhibendis, & alia, de quibus in *l.* 2. §. *quædam*, *ff. de Interd.* Cujacius 5. *observ.* 19.

Inter utraque Interdicta illud discrimen est, quod quæ causam proprietatis continent, totam litem finiunt, nec ullam alteri præstruunt viam, *d. l.* 1. § *ult. ff. de aqua quotid.* Illa vero, quæ sunt de possessione vel quasi possessione, præparatoria sunt, *d.* §. *ult.* & ubi desierunt, incipit secunda actio, quæ est de proprietate, *l. ult. C. quor. bonor* quæ & principalis actio dicitur, *l. nulli*, *C. de judic. l si quis*, *C. ad leg. Juliam de vi publica*. Propterea possessio, quæ per Interdicta obtinetur, non perpetua est, sed temporalia, donec scilicet de proprietate decernatur, ut dicitur in *d.* §. *ult.*

Hinc Doctorum error ortus est, dum momentaneam seu momentariam possessionem idem opinantur esse, ac possessionem temporariam. Ejus mentio fit in *l. momentaneæ*, *C. qui legitim person. l. momentariæ*, *C. unde vi*, & in *tit. C. si. de moment. possess. fuer. appell.* qui titulus in *Codice Theodosiano* ita concipitur, *Si de momento fuer. appell.* Verius enim est, Interdictum de momento, momenti actionem (de Momento Cujacius 1. *observ.* 20. & 2. *obs.* 35.) & momentariam possessionem, aliud non esse, atque Interdictum *Unde vi*, ex quo quis possessioni, qua dejectus est, restituitur intra anni spatium, integra omni proprietatis causa, ut ex *Codice Theodosiano* de-

demonstrat Jacobus Gothofredus *ibidem* in *paratit. ad tit. Unde vi*. Et dicitur Momentum, quod spoliatus sive dejectus statim & ante omnia restituendus est, quod patet ex Isidoro 5. *orig.* 25. ubi de momento, ut Juris nostri verbum est, ita loquitur: *Momentum dictum a temporis brevitate, ut tam cito, quam statim salvo negotio reformetur, nec in ullam moram produci debeat; quod repetitur*. Ob eandem rationem Symmachus 10. *epist.* 41. Interdictum unde vi *Momenti reformationem* vocat, id est, possessionem statim dejecto restituit. Ejus verba sunt: *In caussis etenim, quibus momenti reformatio postulatur, appellationes recipi non oportet*, Cujacius 1. *observat.* 20. & 2. *observat.* 35.

At non levis momenti quæstio est, utrum qui proprietatis causam proponit, simul interdictis possessoriis uti possit, seu, ut dicunt, integrum cuique sit possessorium judicium cum petitorio cumulare: cujus quæstionis enodatio ad forensem praxim confert plurimum. Extat de hac re singularis Ulpiani textus in *cit.* §. *nihil commune*, quem nunc in manibus habemus, quippe spiritus omnium Doctorum turbavit & torsit, ut *ibidem* Aquilinus inquit *num.* 178. Verba sunt.

Ulpianus *lib.* 70. ad *Edictum*: *Nihil commune habet proprietas cum possessione. Et ideo non denegatur ei interdictum Uti possidetis, qui coepit rem vindicare: non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit.*

Dividitur textus in partes tres. In prima ponitur regula, & hæc statim initio. In altera illatio ex regula, ibi: *Et ideo*. In tertia tacitæ objectioni, quæ contra illationem fieri posset, occurritur; & hæc ibi: *Non enim*. Hæc omnia sigillatim explanare operæ pretium erit.

De prima parte.

Ulpianus ergo statim initio regulam proponit, quæ ait, proprietatem sive dominium nihil commune habere cum possessione. Ratio est, quia factum, & jus, quam longissime inter se distant; & dominium jus est, possessio factum. Quare verum non est, quod Seneca 10. *epist.* ait, discrimen inter proprietatem & possessionem factum esse a stulta mortalium avaritia: imo inductum est a diversa utriusque rei natura, quam diversitatem summa Jurisconsultorum prudentia animadvertit, & sequuta est. Hæc regula exemplis aliquot e multis explicatur.

I. Dominium ex una tantum causa contingere alicui potest; nam quod meum est, amplius meum fieri non potest. Quare cum quæreretur, an lana ovium furtivarum, ab emtore bonæ fidei detonsa, posset ab eodem usucapi, negatum est; quia statim ac detonsa est, emtoris fit: habetur enim lana ut fructus, & fructus bonæ fidei possessor percipiendo facit suos, *l.* 4. §. *lana*, *ff. de usucap.* Eodem modo qui servum alienum redimit ab hostibus, existimans vendentis esse, statim Dominus est, nec usucapere potest, quare licitum priori Domino erit, oblato pretio, servum recipere: quod ei non liceret, si servus legitimo tempore usucaptus censeretur, *l. in bello*, §. *si quis servum*, *ff. de captivis.* Unde si in judicio petitorio revindico rem, non expressa in libello causa, quam tamen deinde in actis deduco; exempli gratia, mea est, quia mihi a Domino donata, & tradita; at succumbo, non possum novum judicium instituendo aliam dominii causam producere, obstabit enim mihi exceptio rei judicatæ, & videor omnes causas una petitione apprehendisse, *l. & an eadem* 14. §. *actiones*, *ff. de except. rei judic.* Non ita est, si ago in personam, quia sæpius eadem res mihi deberi potest, licet non amplius, quam semel, mea esse possit, *d.* §. *actiones*.

Quod modo diximus de obligatione, id ipsum est de possessione; quippe possessio ex pluribus causis contingere potest, *l.* 3. §. *ex plurimis*, *ff. eod.* Ut si rem alienam bona fide a non Domino emero, & accepero, & deinde usucepero; jam ex duplici causa seu titulo rem possideo, titulo pro emtore, & pro suo: at dominium ejus tantum habeo, quia usucepi, *l.* 1. *ff. pro suo*. Ita quoque qui heres extitit ei, qui rem certam pro emtore possidebat, possidet, & ipse eam rem pro emtore, sed & pro herede; proprietatem vero rei habet ex causa hereditaria tantum, *dict.* §. *ex plurimis.*

Nec in contrarium urget textus in *l.* 4. *C. de contr. emt.* dum ait, duplicari aut multiplicari non posse titulum possessionis; nam ibi possessionis nomen proprietatem denotat, ut in *l. quæstio*, *ff. de verb. sign.* in *l. sciendum*, §. *creditor*, *ff. qui satisd. cog.* in *l. si de vi*, *ff. de jud.* & diximus supra.

II. Dominium adhuc ejus manet, qui Dominus esse non vult, *l. si quis vi*, §. *differentia*.

tia, *ff. eod.* Ita res non desinit esse mea, quam dixi me nolle esse meam, nec quam pepigi ne esset mea, sed tua. Ergo facto opus est ejus, qui Dominus esse nolit, veluti ut rem projiciat, & pro derelicto habeat, *l. 1. cum seq. ff. pro derelicto*; vel ut tradat alteri ex justa causa acquirendi dominii. Imo si factum prò non facto habeatur, non est satis ad amittendum dominium, uti est in eo, qui donat alteri contracta fide restituendi, *l. nuda*, *ff. de contr. emt.*

Ex quibus explicatur textus in *l. sicut*, § *supervacuum*, *ff. quib. mod. pign. vel hypoth.* Etsi enim pignus, distractum a debitore permissu creditoris, non reincidat in causam pignoris, si deinde in ejusdem debitoris dominium veniat, quamvis is creditori omnia sua bona etiam futura hypothecæ subjiciat, quia Jus extinctum nunquam reviviscit, *l. ult. C. de remiss. pign.* Secus tamen est, si ipse debitor possideat, ut ex Pandectis Florentinis legendum est in *d. §. supervacuum*: Repossideat, id est, iterum possideat, ideo quia contracta fiducia alienavit, ut explicat Cujacius in *d. l. si quis vi*, *§. differentia*; videtur enim debitor ita alienando non amisisse dominium pignoris.

E contrario possessio recedit, statim ac quis constituit nolle possidere. Quare Ulpianus in *d. §. differentia*, infert, eum qui ea mente possessionem alteri tradit, ut mox ei restituatur, statim desinere possidere, quia tantisper voluit non possidere. Ratio discriminis ex Cujacio est, quia dominium certis tantum modis amittitur, ut certi sunt modi solvendæ obligationis, *l. obligationum*, *ff. de oblig. & action. l. 7. C. de sentent. & interloc.* Quare sicut obligatio non solvitur nuda voluntate, ita nec dominium amittitur, *l. traditionibus*, *C. de pact.* At possessioni nulli sunt certi modi legibus constituti, sed positus omnis ejus status est in arbitrio mero & voluntate possessoris.

III. Potest quis esse Dominus incertæ partis, hoc est, ejus quæ ignoratur quota sit, verbi gratia, tertia, an quarta, an dimidia; ut propterea pars incerta vindicari possit, veluti, *Partem aliquam fundi illius meam esse ajo*, *l. quæ de tota*, *§. ult. ff. de rei vindic. l. 8. ff. comm. divid.* Non ita est de possessione, quippe pars incerta possideri non potest: ut si ita tradam tibi: Quidquid Juris in fundo habeo, qui cum Titio mihi communis est, id omne cedo & trado tibi. Quo casu nihil ego tradere, tu nihil accipere videris, *l. possideri*, *§. incertam*, *l. locus certus*, *ff. eod. l. si fur*, *§. ult. ff. de usucap.* Ratio differentiæ est, quia possessio corpore acquiritur, non solo animo: at id, quod ignoro, quod non video, corpore meo apprehendere non possum. At dominium quandoque Jure quæritur, ut in legatis, in hereditate, nec his casibus corpus exigitur.

Nonnullas alias difficultates posuimus supra. Nam dominium per servum Domino ignoranti & invito acquiritur, *l. invitis*, *ff. de acqu. rer. dom.* At possessio scienti tantum quæritur, una excepta causa peculiari, *l. peregre*, *§. quæsitum*, *ff. eod.* Præterea servus non nisi volens possessionem Domino acquirit, *l. 1. §. hæc, quæ de servis*, *ff. eod.* At vero dominium etiam invitus Domino acquirit, *l. qui mihi*, *ff. de donat.* Tandem dominium alteri per alterum sine facto ejus auferri non potest, *l. quod nostrum*, *ff. de reg. jur.* At possessio etiam invito aufertur, *l. clam*, *§. qui ad nundinas*, *ff. eod.*

Ceterum quamvis tot sint discrimina inter possessionem, & proprietatem, tamen regula hic ab Ulpiano tradita, dum ait, *Nihil commune habet proprietas cum possessione*, non omni ex parte videtur vera, & rata; quia, ut Veteres apud Accursium objiciunt, tria sunt communia. I. Ratione generis, quia tam possessio, quam proprietas, est in genere rerum incorporalium. II. Ratione connexi, seu causæ, quia dominium ex possessione cœpit, *l. 1. in princ. ff. eod.* III. Ratione medii, quia tum possessio, tum dominium, per procuratorem acquiri potest, *l. per procuratorem*, *C. eod.* Posset addi & aliud, quia ut duo in solidum possessores ejusdem rei esse non possunt, ita nec Domini, *l. si ut certo*, *§. si duobus*, *ff. commod.* Ita possessio & proprietas sub conditione tradi possunt, & fiunt accipientis, si conditio extiterit, *l. qui absenti*, *§. 1. ff. eod.*

Cur ergo Ulpianus *Nihil* dicit? Quare regula hæc videtur subire commune fatum ceterarum regularum Juris, quæ facillime, & sæpissime ob circumstantiarum diversitatem efficiuntur irritæ; quippe regula simul cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum, *l. regula*, *ff. de reg. jur.* Et verum videtur, quod eleganter Jabolenus ait, omnem definitionem, id est, regulam in Jure civili periculosam esse; parum enim esse, ut non subverti possit, *l. omnis definitio*, *ff. eit. tit.*

Hoc autem plurimum interest in proposito nostro. Quippe Ulpianus ex regula supraposita infert, non denegari interdictum retinen-

nendæ possessionis ei, qui vindicare cœpit. Quæ illatio corruit, semel, atque aliqua inter possessionem & proprietatem communia esse concedimus. Quocirca stulte faciunt, qui post Accursium hic *Nihil* pro. *Non omne* interpretantur; nam & verborum vim, & vim argumenti, funditus destruunt.

Evanescet tamen difficultas, si advertamus quid latine valeat, duo habere, aut non habere aliquid commune; nam & homo homini dicere & potest, & solet, *Nihil est mihi tecum commune*, nec propterea ex hoc vult, se non habere animum, corpus, & alia multa, quæ ille alter habet. Ita patet ex proverbio: *Quid delphino, & bovi commune est?* Item ex alio: *Quid Syllæ cum Philosophiis commune est?* Quæ habet Suidas: ὐ τὶ γένοιτο κοινόν: aliter non posset dici nihil esse commune, nisi inter ens, & nihil. Sed restringitur dictum illud ad ea tantum, quæ haberi in commune possunt, in quantum ad dominium, possessionem, usum. Ita est de possessione, & proprietate, quæ nihil habent commune in quantum ad hoc, quod quis Dominus est sine possessione, & quis possessor sine dominio, *l. 1. §. hujus autem, ff. uti possidetis*. Et id est, quod dicitur, possessionem & proprietatem permisceri non debere, *l. pen. §. permisceri, ff. eod.*

Hæc interpretatio comprobatur ex fine, cujus gratia Ulpianus hanc regulam posuit, nempe ut demonstraret, actione rei vindicationis, quæ est de proprietate, non consumi, aut tolli interdictum de retinenda possessione, seu posse hæc duo simul concurrere: ad quem plurium actionum concursum satis est, si actiones ejusdem rei nomine non sint, *l. nemo ex his, §. quotiens, ff. de reg. jur.*

Ait ergo Ulpianus, Possessionem & Proprietatem esse duas res distinctas, dissimiles & diversas, non unam: Unde fit, ut qui de utraque agit, non agat ejusdem rei nomine; quare si quis de una agens succumbat, non obstat ei exceptio rei judicatæ, si deinde agat de altera, *l. & an eadem, §. ult. ff. de except. rei judic.*

De secunda parte.

EX regula suprapofita Ulpianus infert, eum qui cœpit jam vindicare, quo in judicio de proprietate quæstio vertitur, posse agere interdicto Uti possidetis, quod est de retinenda possessione, quam apud se esse dicit: ratio enim hujus responsi est, quia proprietas nihil commune habet cum possessione. Et notanda sunt verba illa Ulpiani, *Cœpit rem vindicare.* Ex quibus habetur, actorem non proposuisse ab initio duas actiones, alteram vindicationis, alteram retinendæ possessionis; sed solum egisse ab initio actione in rem, deinde vero, eo judicio in rem pendente, recurrisse ad interdictum. Dixi, judicio in rem pendente, quia verbum *Cœpit* demonstrat initium tantummodo, non perfectionem, seu judicium affectum, non confectum. Nec in contrarium facit, quod in fine dicatur, *Vindicavit*: quippe vindicasse dicitur, qui ad litis contestationem pervenit, ut patet ex *l. cum fundum, §. fin. ff. de vi & vi arm.*

Ceterum quæ sit nostræ legis species, maxima difficultas est, ut apud Accursium ceterosque videre est. Aquilinus hic *n. 171. & seq.* jactat, Interpretes omnes hallucinatos esse, dum putant, recte & Jure reivindicationem institutam fuisse: quod falsum esse ait, quia idem actor rem possidebat: & proinde ei licitum fuit a reivindicatione decurrere ad interdictum: & hoc solum Ulpianum decidere, non etiam actorem Jure reivindicationis judicium proposuisse. Unde concludit, frustra de concursu possessorii & petitorii Bartolum & ceteros hic disputasse. In eadem sententia fuit Goveanus *1. var. 3.* nam & ipse aberrasse actorem in actione edenda contendit.

Nihil tamen est necesse ad ullum actoris errorem recurrere, & non videtur discedendum a quinta Accursii responsione, nempe fuisse actum diversis judiciis, diverso respectu: id est, egi reivindicatione adversus te naturaliter, seu corpore detinentem rem meam: expertus deinde sum interdicto Uti possidetis, quia civiliter, seu animo dominii possideo. Sequuntur communiter Alexander, Jason, Ripa, & alii hic, Fermosinus in *cap. cum dilectus, n. 7. de caus. possess.*

Verum non satis explicant. Advertendum enim est discrimen inter possessionem, quæ exigitur in actore, cum interdicto Utrubi, vel Uti possidetis, agit, & possessionem, quæ satis est in reo, ubi reivindicatione convenitur. Et traditur ab Ulpiano in *l. officium, ff. de reivind.* quippe interdicta retinendæ possessionis non conceduntur, nisi ei qui vere possidet, uti Pegasus docebat, cui Ulpianus consentit, id est, vel ei qui civiliter possidet animo Domini, vel corporaliter animo sibi possiden-

ſidendi; nam qui precario rogavit, habet interdictum Uti poſſidetis adverſus omnes, excepto eo, quem rogavit, licet non niſi corporaliter rem poſſideat, *l. qui precario ff. de precario*. At reivindicatio tribuitur non ſolum contra verum poſſeſſorem, ſed contra quemcumque detentorem; cum ſit ſatis, ſi habeat reſtituendi facultatem, ut contra eundem Pegaſum Ulpianus *ibidem* tuetur. Quare ut reivindicatio, & interdictum Uti poſſidetis, concurrant, exigetur ut actor vere poſſideat, & in poſſeſſione turbetur; ita enim interdictum Uti poſſidetis recte proponet. E diverſo requiritur, ut idem ſit etiam Dominus,& adverſarius ſit naturalis poſſeſſor, qui alteri non ſibi poſſideat, ut colonus, depoſitarius, conductor, aut ſimilis; ita enim recte contra eum reivindicationem inſtituet. Nam ſi reus civiliter poſſideret, poſſem contra eum uti reivindicatione, ſed non interdicto Uti poſſidetis. Quibus recte perpenſis, corruunt quæ objiciunt Alciatus, Coraſius, Bolognetus, & Aquilinus.

Cujacius tamen 3. *obſerv.* 38. alio confugit; ait enim, in noſtro textu ideo ei, qui vindicare cœpit, concedi interdictum retinendæ poſſeſſionis, quia non conſtabat actorem poſſidere, itaque egit reivindicatione, ac ſi non poſſideret. Deinde ſuo Jure melius cognito, tantiſper mutato illo judicio, mutata formula, Uti poſſidetis expertus eſt. Videtur hæc dixiſſe Cujacius ex cautione, quæ proponitur in *l.*1.§. *quia autem*, *ff.quod legator.*ubi quoties incertum eſt, quæ potius actio competat, ambas Juriſconſulti dictant, proteſtati ex altera velle conſequi, quod ad nos pertinet: ut ſi incertum ſit, utrum quis pro legato, an pro herede poſſideat, contra eum inſtituere poſſum ſimul petitionem hereditatis, & interdictum Quod legatorum; quamvis petitio hereditatis ſit de proprietate, interdictum vero illud de poſſeſſione. Concordat textus in *l. quæ de tota*, §. *incerta*, *ff. de reivid. l.* 1. §. *ult. ff. de petit. hered. c. abbate ſane*, *de re judic. c. conſtitutus*, *de in integr. reſtit.*

Verum id facile locum habere non poteſt in textu noſtro, ſi audimus Azonem, qui de hoc dubio tunc rationem haberi docet, ubi provenit ex facto adverſarii, vel quo alio eventu; ſecus vero ſi ex alia cauſa, Alexander, & Jaſon in *l. ubi autem*, §. *illud*, *ff. de verb. oblig.* & alii apud Aquilinum hic *num.* 264. Quidquid tamen ſit, nihil eſt neceſſe in ponenda ſpecie noſtri textus ad hanc dubitationem recurrere, ut ſupra de explicatione Goveani, & Aquilini diximus, a qua hæc Cujacii ſententia non longe diſtat.

Hæc autem mutatio legitime facienda eſt; nam mutari actio poteſt ante rem judicatam. Quare ſi ſervus tuus damnum mihi dedit, & agam adverſus te in ſolidum, quaſi te ſciente damnum datum ſit, ex *l.*2.*ff.de noxal.act.* donec id judicium agitatur, non prohibeor mutare actionem, & quaſi te inſcio damnum acceperim, agere ut ſervum noxæ dedas. Et e contrario, ſi prius egero actione noxali, pendente judicio licet pœnitere, & agere in ſolidum, *l. in delictis* §. *ult. ff. eit. tit.* Imo aliquando ex magna cauſa juſti erroris mutare actionem licet, etiam finito judicio, ut ſi quis, ubi egit ex emto contra heredem, ut ſibi ſervus traderetur, deinde comperiat eundem ſibi eſſe legatum, recte aget ex teſtamento, *l. hujuſmodi*, §. *qui ſervum*, *in fine*, *ff. de leg.* 1. Et id licitum eſt, etiamſi poſterior actio ut priori contraria; quippe actio in ſolidum contraria eſt actioni noxali: etenim in illa Dominus, contra quem agitur, eſt conſcius, in iſta eſt inſcius, & tamen variatio licita eſt, *d.l.*2. Vide Donellum in *l. edita*, *C. de edendo*, Gonzalez, & Fermoſinum in *cap. examinata*, *de judic.* & dicemus infra.

De tertia parte.

POteſt contra prædictam Ulpiani illationem objici, eum, qui cœpit rem vindicare, præſumi renunciaſſe interdicto Uti poſſidetis; quocirca nequit a judicio in rem decurrere ad poſſeſſorium. Præſumtio deſumitur ex eo, quia qui vult conſequens, id eſt, ut judicium vindicationis ſubſiſtat, videtur velle & antecedens, ne actor poſſideat, ſed reus. Quare videtur actor animo renunciaſſe poſſeſſioni, quam habebat, ut quæ ſolo animo poteſt amitti: nam ſi non renunciavit, reivindicatio ſtatim ruit; præſertim quia actus in dubio capi potius debet ut conſiſtat, quam ut ruat, *l. quoties*, *ff. de verb. oblig. l. quoties*, *ff. de reb. dub.*

Eo tamen non obſtante, Ulpianus non cenſeri renunciatum ait. Sed qua ratione? Plurimi dicunt, quia non eo animo ad rem vindicandam actor accedit, ut poſſeſſionem, ſi quam haberet, amitteret; quia in dubio præſumi debet potius error Juris & Facti, etiam in proprio facto, quam renunciatio Juris ſui, quia renun-

renunciare, ut donare, est perdere, *l. sed. si me putem*, *in princ.* ubi Glossa, *ff. de condict. indeb* juncta *l.1.ff.eod.l.cujus per errorem*, *ff.de reg. jur.* Imo potius præsumenda est stultitia, quam renunciatio, ut Baldus ait in *l.generaliter*, *oppos.4. num. 5. C. de non num. pec.* Jas. in *l. si a substituto* §. 1. *num.* 18. *ff. de leg.* 2. Igitur in nostro proposito præsumi potius debet, actorem per errorem Juris vel Facti, imo scientem volentem ex stultitia temere egisse proponendo reivindicationem, quam reo, quem odio habet, possessionem cessisse. Merito ei interdictum retinendæ possessionis non denegatur, ut discurrit Aquilinus *num.* 129. & latius *nu.* 151. *cum aliquot seqq.*

Aliam rationem profert Cujacius hic, & 25. *obs.* 34. nempe possessionem suo Jure metiendam esse, non quali quali confessione nostra. Propterea mihi talis qualis qualis confessio, vel subconfessio mea adeo nocere non debet, ut eam emendare non possim, aut temperare: Quod multis juris nostri exemplis manifestum fit. Nam si ingenuum me esse contendam, non intelligor tacite renunciasse libertinitati, quamvis hæc opposita sint, *l. pen. C. de ingen. manum.* Ubi Accursius notat, posse me dicere prædium in feudum habere, quod antea meum allode esse contendebam. Ita quoque si tecum egero familiæ erciscundæ, quo genere confiteri videor, te coheredem meum esse, non videor renunciasse petitioni hereditatis, qua tenetur qui coheres non est, *l. qui familia*, *ff. fam. ercisc.* Demum si actori objecero exceptionem, *Quod petis*, *solvi*, non ideo censeor confiteri me debuisse, *l. non utique*, *ff. de except.* quippe ex abundanti lex plerumque exceptionem concedit, ut Libanius in Demosthene ait.

Sed fortasse vera ratio est, quia cum in judicio reivindicationis ajo te possidere, non statim dico me non possidere civiliter, cui possessioni præjudicium ullum non infero, cum te possidere naturaliter affirmo: hæc enim naturalis possessio ea est, quæ in reo solum exigitur, ubi vindicationem propono. E contrario in interdicto Uti possidetis requiritur in proponente possessio civilis, uti jam explicatum est.

Nec contraria obstante, quia cum antecedens necessario tendit in perniciem nostram, & in utilitatem alterius, nunquam qui vult consequens, videtur velle etiam antecedens, ut docet Aretinus in *l.* 1. *col.* 2. *in princ. C. de ser. fugit.* Præterea præsumtio de validitate actus dubii debilior est ea, quæ docet neminem in dubio præsumi jactare suum; & una præsumtio aliam tollit & vincit, *l. Divus*, *ff. de restit. in int. l. non solum*, *ff. de ritu nuptiar. l.1. in fine.*, *C. qui & adversus quos*.

Urgebis cum Bartolo. Si in solo, quod ego possideo, tu inædifices, & ego te per Prætorem non prohibeam, nec per lapilli jactum, sed verbis tibi novum opus nuncio, utique te possessorem facio, *l.* 1. §. *in operis*, *l. de pupillo*, §. *meminisse*, *ff. de oper. novi nunciat.* Ergo multo magis qui rem vindicat, possessionem, si quam habet, a se abdicat, & reum possessorem facit.

Responsum tamen velim, ex operis novi nunciatione non statim eum, cui nunciatum est, fieri possessorem; quia is statim post nunciationem abstinere ab opere debet, *d. l.* §. *sed si is cui*, *l. non solum*, §. *sciendum*, *l. Prætor ait*, *in princ. ff cit. tit.* Et si ultra pergat, vi facere dicitur, *l.* 1. §. *sed. si quis jactu*, *cum sequ. ff. quod vi aut clam.* Tunc autem is, cui nunciatum est, possessor fit, cum satisdat de opere demoliendo, si denuncians de suo Jure doceat; quippe post satisdationem licite ædificare pergit, & proinde possessor est, ut palam est ex *l. si alius fecerit*, §. *ait Julianus*, *ff. quod vi aut clam*, ibi: *Licere enim debet ædificare ei, qui satisdederit, cum possessor hoc ipso constituatur.* Et ita Cumanus *d.* §. *in operis*, Aquilinus hic *num.* 159. *& seq.*

Ex his patet, falsum esse, quod inter cetera hic opinatur Accursius, & sequitur Gonzalez in *cap. cum dilectus n.* 15. *de causa possess.* nempe speciem nostræ legis intelligendam esse de eo, qui cæpit agere vindicatione, dum non possidebat: deinde vero, cum possessionem nactus esset, mutata formula actionis, decurrit ad interdictum retinendæ possessionis. Falsum, inquam est; quia si ita se res haberet, non fuisset quæsitum, an actor proponendo reivindicationem, possessioni renunciasse censeretur: nemo enim renunciare potest, nisi Juri quod habet, *l. sicut*, *C. de repud. hered.* Possidebat ergo actor quo tempore vindicatione cœpit agere, & proinde recte quæsitum est de tacita renunciatione possessionis.

Ceterum quamvis in nostro §. *nihil commune* ex facti specie habeatur, interdictum retinendæ possessionis fuisse propositum, cæpto vindicationis judicio, nihil tamen obstat, quia simul possit proponi. *Et sane*, ut verba sunt Cuja-

Cujacii ibidem, *si capto ac pendente judicio in rem, licet agere interdicto Uti possidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere!* Nulla certe inter utrumque casum disparitatis ratio est. Et in hanc rem Doctores communiter consentiunt, interdictum eum actione in rem cumulari, vel ut actio in rem suspendatur, vel ut simul de utroque agatur, & unica sententia terminetur, Fermosinus in *cap. pastoralis quæst.* 1. *n.* 3. *de causa possess.*

QUÆSTIO I.

Utrum Actor in judicio cumulari possessorium, & petitorium possit.

FOrtasse de Jure civili non est cognita, nisi mutatio actionis, & cumulatio est de Jure novo Canonico introducta Cœlestino III. in *cap.* 2. *de causa possess.* qui tamen id acceptum dicit a Jure civili.

Hæc quæstio plurimum olim inter Bossianos agitata fuit, qui in diversas discesserunt sententias. Nam Joannes Bossianus, quem ejus discipulus Azo sequutus est, contendebat judicium nullum possessorium cum petitorio posse concurrere, aut cumulari; sed prius de possessione, deinde de proprietate agendum esse. Sequuntur Bartolus hic *num.* 14. Aquilinus *num.* Donellus in *l.* 3. *C. de interd.* Vultejus 1. *de judic.* 2.

Et probatur I. generaliter, quia Juris ordinarii regula est, orta proprietatis & possessionis lite, prius possessionis decidi oportere quæstionem, deinde proprietatis ab eodem Judice, *l. ordinarii, C. de reivind.* Concordat textus in *l.* 3. *C. de interdict.* Quæ leges cum non distinguant, consequens est, ut generatim intelligendæ sint, interdictum nullum possessorium, sive adipiscendæ, sive recuperandæ, sive etiam retinendæ, concurrere aut cumulari cum petitorio posse, ex regula textus in *l. de pretio, ff. de Public.*

II. Quia qui reivindicationem & interdictum habet, deliberare debet, qua actione uti velit, *l. is qui destinavit, ff. de reivindic.*

III. Specialiter in interdicto adipiscendæ possessionis, ex *l. ult.* §. *ult. C. quorum bonorum*, ubi mortuâ uxore ab intestato, quæstio orta est inter agnatum mulieris, & maritum. Ille petebat successionem in bona defunctæ per interdictum, Quorum bonorum: hic ea bona sua esse ajebat. Itaque unus agebat de possessione, alter de proprietate. Et responsum est, prius in agnatum bona transferri, deinde causam proprietatis proponi debere.

IV. Quia electione petitorii extinguitur interdictum adipiscendæ possessionis, ut in *l. ult. C. de codicill.* ubi qui ex testamento hereditatem ad se pertinentem petierat, non potest postea ex eadem scriptura quasi codicillis petere se mitti in possessionem bonorum, ex remedio *l. ult. C. de edicto D. Hadriani.*

V. Interdictis recuperandæ possessionis, per textum in *l. fi. de vi, ff. de judic.* ubi de spolio agitur. Nam D. Hadrianus rescripsit: *Si de vi, & proprietate possessionis quæratur, prius cognoscendum de vi, quam de proprietate rei.* Quod rescriptum non Hadriano, sed D. Pio tribuitur in *l. qui cœtu*, §. *si de vi, ff. ad l. Jul. de vi publ.* Fortasse ex eo, quia Hadrianus tulit, D. Pius qui ei successit, id ipsum confirmavit, argumento ex *l. fin. ff. de inoff. testam.*

VI. Probatur ratione, quia interdicta præparant causam proprietatis, *l.* 1. §. *fin. ff. de aqua quotid.* id est, qui vincit in causa possessionis, relevatur ab onere probandi, se Dominum esse, quod onus rejicitur in humeros adversarii, qui in causa possessionis victus est. Ergo prius debet interdicto agi, deinde reivindicatione. Et hæc est ratio ordinis, quam innuit textus in *l.* 3. *C. de interd.* Alia de causa actio ad exhibendum est præparatoria ad reivindicationem, *l.* 1. *ff. ad exhib.* & ad interdictum Uti possidens, & Utrubi, *l.* 3. §. *& si quis*, §. *si meum, ff. cit. tit.* Vide Cujacium 5. *obs.* 23.

E diverso Martinus Bossianus concurrere posse simul petitorium & possessorium voluit, uno excepto possessorio retinendæ. Cui consensit Accursius, qui a sententia Azonis sui Magistri non semel discessit. Ita quoque Bartolus, Jason, Ripa, Bolognetus, & alii hic, Gonzalez in *cap. cum dilectus, de causa possess. num.* 14. *& seqq.* Et probant hanc exceptionem.

I. Quia hæc judicia contraria sunt, & unum alterum excludit; quippe reivindicatio arguit possessionem esse apud reum, *l. officium, ff. de reivind.* Et interdictum Uti possidens e contrario arguit, ipsum actorem possessionem apud se habere. Ergo hæc judicia simul stare non possunt, & uno electo alterum tollitur, ex *l. is qui destinavit, ff. cit. tit.* & *l.* 1. *C de furtis.* Propterea qui possidet, reivindicationem intentare non potest, *cap. examinata, de judic.*

II. Ex Innocentio III. in *cap. pastoralis, de causa possess.* ubi expresse S. Pontifex Martini sententiam amplexus est; ubi primo cumula-

tionem petitorii cum duobus interdictis admittit, illis verbis: *Possessorio quidem judicio, quod de recuperanda seu adipiscenda possessione proponitur, agi potest ab eo, qui coepit rem vindicare*. Deinde transit ad tertium genus interdictorum, quod est de retinenda possessione, & cumulationem fieri posse negat, dum ait: *Aliis possessoriis judiciis in suo robore duraturis, quæ vindicationem dominii sua natura praecedunt*. Vult enim interdictis Uti possidetis, & Utrubi, prius agi oportere, quam ad reivindicationem deveniatur.

Tertia est sententia Cyni, & Petri de Bellapertica, in *d. l. ordinarii*, qui indistincte affirmant, omne possessorium cumulari posse cum petitorio. Sequuntur Corasius, & Cujacius hic, & *7. observ.* 38. Hotoman. *quæst. illustr.* 31. Fermosinus in *cap. cum dilectus, nu.* 8. *de causa possess.* & alii cum Fachin. 8. *contr.* 6. Quæ sententia de Jure civili verissima est.

Et probatur I. generatim ex ratione nostri textus, quia quæ nihil habent commune, possunt in judicio cumulari: sed proprietas nihil habet commune cum possessione; unde consequens est, ut cumulari possint. Quæ quidem regula in quibuscunque interdictis vim suam habet. Sed ut id plenius, & rectius percipi queat, meminisse oportet regulæ nostri Juris, toties plures actiones cumulari non posse, sed una electa ceteras tolli, quoties sunt ejusdem rei nomine, *l. nemo ex his*, §. *quoties*, *ff. de reg. jur.* Ut legatorum nomine non potest legatarius, uti variis actionibus, *l. cum filius*, §. *pen ff. de leg.* 2. Ita quoque si is, cui vestimenta mea commodavi, rupit aut scidit, mihi duabus actionibus tenetur, commodati, quæ rem solam persequitur, & legis Aquiliæ, quæ & rem, & pœnam persequitur, quia mista actio est. Itaque si egero ex lege Aquilia, actione commodati uti non possum, quia datur ejusdem rei nomine, id est, ad rem persequendam, quam jam consequutus sum actione legis Aquiliæ, & præterea pœnam: nam bis idem petere quoddam necare est, *l. qui servum* 34. §. 1. *ff. de oblig. & act.* ubi plene Cujacius.

E contrario, si actiones non sint ejusdem rei nomine, recte omnibus experiri possum, nec una alteram consumit; ut si una actione persequar rem, id est, id quod interest, altera vero pœnam: vel una actione unam pœnam, altera alteram, *l. cum ex una*, *l. pen. ff. cit. tit.* Exemplum esto in arboribus furtim succisis, ex quo delicto si ago interdicto, Quod vi aut clam ad id, quod interest, non prohibeor agere actione damni injuria dati ex lege Aquilia, ad quanti plurimi, seu ad id, quod plus est in posteriori actione, *l. quoties*, §. 1. *ff. cit. tit. l.* 1. *ff. arbor. furtim cæs.* Item contra eum, qui ancillam meam surripuit, & flagitiavit, actione furti & servi corrupti agere licet, *l.* 2. *ff. de priv. delict.* Si servum habeas, quo vulgo iter fit, & servo meo nocitum sit, agere possum ex Ædilis edicto, ut duplum damni dati præstes, & actione de pauperie, qua pretium consequar, §. *ult. Instit. si quadr. pauper. fec. dic.* Ubi generatim statuitur, nunquam actiones præsertim pœnales de eadem re concurrentes alia aliam consumi. Quæ leges non sunt contrariæ textui in *l. plura delicta*, *ff. de oblig. & action.* ubi, etsi plura delicta in una re plures admittant actiones, omnibus tamen uti non possum: quippe id intelligitur, si actiones illæ ad eandem rem vel pœnam tendant, ut latius supracitatus Cujacius explicat, quem etiam vide 8 *obs.* 24

Ex his patet vis argumenti suprapositi: quoniam enim reivindicatio, & interdicta possessoria non sunt ejusdem rei nomine, cum longe aliud sit dominium, seu proprietas, quæ in reivindicatione est, quam possessio, quæ in interdictis versatur; inde fit, ut ambabus actionibus simul experiri possit, nec unam altera consumi.

Sed plura notanda sunt. I. Etiamsi in *d.* §. *nihil commune*, ut nuper diximus, ex facti specie habeatur, interdictum retinendæ possessionis fuisse propositum post cœptum reivindicationis judicium; nihil tamen obstare simul etiam posse proponi, *cap. cum Ecclesia*, *de causa possess. Et sane*, ut verba sunt Cujacii ibidem, *si cœpto ac pendente judicio in rem, licet agere interdicto Uti possidetis, cur non & ab initio utrumque conjungere?* Nulla certe inter utrumque casum disparitatis ratio assignari potest. Et in hac re Doctores communiter consentiunt; docent enim interdictum cum actione in rem cumulari, vel ut actio in rem suspendatur, vel ut simul de utraque agatur, & unica sententia terminetur, Fermosinus in *d. cap. pastoralis*, *qu.* 1. *num.* 3.

Nec contrarium probat textus in *d. cap. pastoralis*, ubi actor fuit interrogatus, quo malebat judicio experiri possessorio ne an petitorio; ideo scilicet, quia ex libello non appare-

parebat, quod judicium actor intenderet, & generalis libellus erat, ut monet Gonzalez in *d. cap. cum dilectus*, num 16.

II. E contrario qui cœpit agere interdicto, posse eo suspenso, agere in rem. Imo si quis agens interdicto de possessione succumbat, & deinde agat de reivindicatione, non repellitur exceptione rei judicatæ; quia possessio & proprietas diversæ res sunt, *l. & an eadem*, §. *ult. ff. de except. rei judic.*

III. Cum dicimus, judicio in rem conjungi posse interdictum retinendæ possessionis, id intelligendum esse subalterne in hunc modum: *Non tu possides rem, qua de agitur, sed ego; & ut possideas, rem meam esse ajo*, ut idem Cujacius docet: Quod est remedia contraria cumulare subalternatim, ut ait Baldus in *dict. l. 1. Cod. de furtis*.

Probatur II. Etiam generatim; quia duo judicia prohibentur, cum per secundum fit præjudictum primo; tribuitur enim reo exceptio, *Quod præjudicium non fiat*, *l. si post litem*, *l. fundum*, *cum 2. seqq. ff. de except.* Exemplum esto: vindicare a te cœpi fundum Titianum, deinde viam ad eum fundum per aliud prædium tuum mihi deberi ajo. Excludor a secundo judicio per exceptionem, *Quod præjudicium prædio non fiat*, nam si decernatur, viam mihi deberi, præjudicium fit reo in primo judicio; consequens enim est, ut fundus Titianus meus sit. Non ita e contrario, si prius petam viam ad fundum Titianum, deinde dicam eundem fundum meum esse; non obstat exceptio, *Quod præjudicium non fiat*, & recte cumulatio fit, ut in citatis juribus habetur. Ita proprie sese res habet in specie nostra, quodcunque interdictum post reivindicationem proponatur; nunquam enim fit præjudicium quæstioni de proprietate, cum diversæ res sint, argumento ex *l. sed si ante*, *ff. de except.* Unde qui succumbit in interdicto, non repellitur exceptione rei judicatæ, si agat in rem, *l. & an eadem*, *§ ul. ff. de except. rei jud.*

Quod si dicas, interdicto Uti possidetis fieri præjudicium quæstioni de proprietate, quia hoc interdictum contra omnes potest opponi uno excepto Domino, *l. qui precario*, *ff. de precario*. Respondetur, tunc contra Dominum opponi non posse, cum ab eo possidemus: regula enim est, ut hoc interdictum non competat contra eum, a quo possideo, *l. si duo*, *in princ. ff. Uti possidetis*. Et ita intelligendus est textu in *d. l. qui precario*, ubi qui precario fundum possidet, interdictum uti possidetis non habet adversus eum, quoniam precario rogavit, quia scilicet ab eo possidet. Quod non est in specie nostra.

Quæ diximus, locum habent in rebus etiam incorporalibus; ut si quis experiatur Jure servitutis realis, vel personalis, actione confessoria vel negatoria. Exempli gratia, ex taberna casearia quis fumum in ædes superiores immittit. Potest Dominus ædium actione negatoria vindicare libertatem suarum ædium, scilicet, nulli Jus esse immittere fumum in suas ædes, ut in specie textus in *l. sicuti*, §. *Aristo*, *ff. si serv. vindic.* Potest etiam agere utili interdicto Uti possidetis, ratione quasi possessionis, *l. ult. ff. Uti possidetis*. Et hæc duo judicia in rebus incorporalibus cumulari semper possunt, quocunque interdicto agatur. Ita post antiquos Duarenus in *l. si prius*, *ff. de oper. novi nunciat.* Faber 20. *conject.* 13. Menoch. *de retin.* 3. *n.* 529. Gonzalez ad *d. cap. cum dilectus*, *n.* 15. Ex omnibus unus renititur Joannes Marcus Aquilinus hic *n.* 226. ex rationibus supra positis per Joannem & Azonem.

Reliquum itaque est, ut Adversariorum argumentis faciamus satis. Et primo argumentis, quæ pro sententia Joannis & Azonis afferuntur.

I. Ergo quod attinet ad textus in *l. 3. C. de interd. & l. ordinarii*, *C. de rei vindic.* in quibus dicitur, prius cognosci oportere causam possessionis, quam proprietatis, respondetur cum Fachinæo, hæc vera esse in interdictis duplicibus, cujusmodi in rebus soli, est Uti possidetis, in rebus mobilibus, Utrubi; cum scilicet uterque ex Litigatoribus se dominum dicit, unus ita, *Hæc res mea est*, alter ita, *Imo mea*; nec de possidente constat, quippe uterque eodem modo se possidere ait. Tunc necesse est, ut ante quæratur uter possideat, ut deinde contra eum alter agere reivindicatione possit, ut explicat Ulpianus in *l. 1. §. inter*, *cum seq. ff. Uti possidetis*, ibi; *Quoties ergo inter Litigatores est proprietatis controversia*, *&c. si inter ipsos contendatur, uter possideat*, *&c. ad hoc interdictum remittuntur*: idem Ulpianus in *l. exitus*, *ff. eod.* & latius Justinianus in § *retinendæ de interd.* Id ipsum intelligas in ceteris duplicibus interdictis, ut si rivales de Jure, & de usu aquæ ducendæ per eundem rivum contendant, *prius*

de

de usu decernendum est per interdictum, *l.* 1. §. *si inter rivales*, *ff. de aqua quotid.* Ita quoque interdictum de superficiebus duplex est, si uterque ex contendentibus se superficiem possidere dicat, & hoc videndum est, antequam de Jure experiatur, *l.* 1. §. *proponitur*, *ff. de superficiebus*. Alia exempla habes apud Accursium in *d.* §. *retinendæ*, *verbo Ingens*.

Possunt etiam intelligi, quando Actor agit Jure possessionis, & Reus excipit ex causa proprietatis; quo casu prius de possessione decerni debet. Et ita loquitur textus in *l. si coloni*, *C. de agric. & cens. lib.* 11. Nam si colonus glebæ addictus aufugerit prætextu originis se liberum dicens, prius debet bonæ fidei possessori restitui, deinde de origine & proprietate agi. Idem habetur ex *l. ult. C. quorum bonorum*.

II. Non obstat Cajus in *l. is qui destinavit*, *ff. de reivind.* ubi is, qui destinavit rem petere, animadvertere debet, an aliquo interdicto possit nancisci possessionem. Nam, ut Accursius, & ceteri communiter docent, consilium est, non præceptum, ut possessorio agat, cum longe commodius sit possidere, & Adversarium ad onera petitoris compellere, quam alio possidente petere, quæ est ratio consilii ab ipso Cajo ibidem adducta. Et male Aquilinus tantoperè se tuetur hoc textu, quasi in eo præceptum tradatur, quia dicitur, *Debet*; nam si ibi præceptum esset, utique non liceret negligere interdicta, & solum uti reivindicatione: quod est falsissimum; nam cum agere ex interdicto sit commodum Actoris, ut textus ait, utique Actor huic suo commodo renunciare licite potest, *d.* §. *nihil commune*.

III. Textus in *l. ult. C. quor. bonor.* facile solvitur, si animadvertamus, non ab uno eodemque actum fuisse reivindicatione, & interdicto Quorum bonorum, quale est adipiscendæ possessionis; sed cum Agnatus mulieris defunctæ a Viro per interdictum petiisset bona, quæ ipsa defuncta possidebat, Vir excipiebat de dominio, quia ea bona, quæ uxor possidebat, sua erant. Decernit ergo Imperator, prius bona transferenda in Agnatum agentem interdicto Quorum bonorum; deinde de exceptione dominii cognoscendum. Quod tamen aliqui apud Accursium ibidem sub distinctione intelligunt, nempe ut exceptio dominii non remoretur interdictum ab Actore propositum, si exceptio altiorem indaginem exigit: secus si vir in continenti de dominio docere velit. Sequuntur Bartolus, Baldus, Salycetus, & alii communiter. Ita quoque cum in *l.* 2. *C. de edicto D. Hadr.* dicitur, heredem in testamento scriptum mitti in possessionem ex eo edicto, licet quis se filium Defuncti præteritum dicat; id ab Accursio ibidem intelligitur; nisi se filium esse in continenti doceat. Hæc autem nihil faciunt ad quæstionem nostram, ubi agitur de uno eodemque, qui petitorio simul & possessorio agat.

IV. Ratio textus in *l. ult. C. de codicill.* non est, quod electione petitorii aufertur interdictum adipiscendæ, ut putant Bartolus & Corasius in nostro §. *nihil commune*; sed est ex repugnantia, & incompatibilitate, quæ oritur ex eo, quod quis ex eadem scriptura hereditatem ut ex testamento petat, & postea mutato consilio, petat se mitti in possessionem, quasi vocatus ad fideicommissum, ut ex codicillis ab intestato, juxta textum in *l. ab Intestato*, *ff. de jure codicill.* Quod accidet, si quis condito testamento, & instituto herede, non adhibeat septem testes, sed quinque, testamento tamen adjiciat clausulam codicillarem. Hoc autem successionis genus testamentariæ repugnat, *l. quamdiu*, *ff. de acquir. heredit.* Ita Menoch. *de recup. remed.* 4. *num.* 510. Gonzalez *loc. cit. num.* 14. Donellus 7. *comm.* 18.

V. Quod attinet ad textum in *l. si de vi*, *ff. de judiciis*, notanda sunt prius verba textus, quæ hæc sunt: *Si de vi, & possessione quæratur, prius cognoscendum de vi, quam de proprietate rei, D. Hadrianus τῷ κοινῷ Θεσσαλῶν rescripsit*. Ubi *possessio* non est, nisi proprietas rei stabilis, ut supra dictum est; nam cum in principio dicatur, *de vi, & possessione*, deinde habetur, *de vi, quam de proprietate*. Putant ergo Doctores, ex hoc textu haberi, si mota controversia sit proprietatis, & possessionis ereptæ, prius agendum esse interdicto Unde vi, quod est de recuperanda possessione, deinde actione reivindicationis, quæ est de proprietate. Quare fit, ut actio realis cum actione de spolio cumulari non possit.

Quæ explicatio falsa est, ut recte monet Cujacius 5. *obs.* 15. quippe de vi quæri potest duplici modo, Civiliter, & Criminaliter. Civiliter per interdictum de vi, Criminaliter legibus Juliis de vi publica, vel privata. In

nostro

nostro textu non actum est civiliter, ut putant, sed criminaliter, quod Cujacius probat ex eo, quod prædicta lex desumta est ex Callistrati 5. *de cognitionibus*, ubi de judiciis criminalibus agebatur, & constat ex Indice Labitti. Sed melius demonstratur ex eo, quia hoc idem Imperadoris rescriptum iterum in Pandectis legitur in *l. qui cœtu*, §. *si de vi*, *ff. ad legem Juliam de vi publica*, quæ lex Julia ad publica seu criminalia judicia pertinet. Species ergo nostræ legis est. Qui de fundo fuit armis ejectus, egit duplici judicio, civili, quod est de reivindicatione, & criminali ex lege Julia. Quæsitum est, num recte fecerit? Rescripsit Imperator, prius expediendum criminale judicium de vi ex lege Julia, tum civile de proprietate: nempe quia major quæstio minori præferri debet *l. ult. C. de ord. cognit.* Nihil ergo id facit ad nostram quæstionum, ubi dicimus, interdictum Unde vi, quod civile judicium est, posse eum alio civili judicio concurrere, quod est de proprietate. Et palam est in *l. cum fundum*, §. *fin. ff. de vi & vi armata*, ubi qui fundum vindicavit, potest pendente judicio agere interdicto Unde vi. Concordat Jus Canonicum in *cap.* 3. 4. & 5. *de causa possess.* & in *clement. un. in fine cit. tit.*

Notandum tamen, a Cujacio credi textus in *d. l. si de vi*, & in *d. l. qui cœtu* §. *si de vi*, esse ex novo Jure correctos in *l. 1. C. de appellat.* & in *l. si quis*, *C. ad l. Jul. de vi*. Quod tamen falsum est; nam in *d. l.* t. qui dejectus fuerat, duo quidem judicia proposuit, unum civile, alterum criminale, sed in civili nihil egit de proprietate, ut in superioribus legibus; sed proposuit interdictum Unde vi; in criminali egit lege Julia. In hac specie a D. Severo statutum est, prius de interdicto cognosci debere, id est, causam civilem præferri criminali. Idem habetur ex *d. l. si quis*.

Itaque causa civilis de possessione præfertur criminali: causa civilis de proprietate non præfertur. Discriminis ratio dependet, quia judicium de possessione summarium, & quam brevissime debet expediri, *l. æquissimum*, *ff. de usufr.* & nos supra latius. Quod non est de judicio proprietatis, in quo lentus ille Juris ordo servatur. Vide Merillum 2. *obs.* 36. Forner. 2. *rer. quotid.* 20. qui alias solutiones adducunt.

VI. Ad rationem ordinis, quæ desumitur ex *d. l.* 3. *C. de interd. & l. ordinarii*, *C. de reivind.* jam supra responsum, eas leges loqui, cum quæstio proprietatis concurrit cum interdictis duplicibus; & his casibus ratio ordinis exigit, ut prius de possessione, quam de proprietate agatur. At in quantum ad id, quod dicitur in *l. 1.* §. *ult. ff. de aqua quotid.* interdict. de possessione, vel quasi, esse præparatoria ad proprietatem, dicimus hanc præparationem ex cumulatione non impediri, aut tolli; nam semper prius de possessione, non de proprietate deciditur, quamvis utraque decisio unica sententia fiat: causa tamen proprietatis prior in exequtione est, ut docet Innocentius III. *in cap. cum dilectus*, *de causa possess.*

Hanc Summi Pontificis decisionem ut vanam exagitant Donellus in *l.* 3. *C. de interd.* & Vinnius 2. *select.* 39. Nam, ajunt, si obtineat actor in petitorio, & succumbat in possessorio, utique in sententia statuetur, possessionem competere reo, & nihilominus statim ei auferenda est, propter defectum dominii, & tribuenda actori, qui in petitorio obtinuit.

Respondet tamen Gonzalez in *d. cap. cum dilectus in notis*, *verbo prævalere*, & in *comm. n.* 18. & Fermosinus in *d. cap. cum Ecclesia*, *qu.* 3. *n.* 14. in specie proposita possessionem statim & directo actori ut Domino adjudicari, quamvis in possessorio reus vicerit. Et hoc est, quod in *d. cap. cum dilectus* dicitur: *Licet in pronunciatione sit possessio præmittenda, in executione tamen debet proprietas prævalere.* Nec tamen reus sine fructu vicit; proinde enim eum subdeclaratur fuisse in possessione, ut scilicet intelligatur juste fructus percepisse, & expensas litis resarcire non teneatur, ut etiam in *d. cap. cum Ecclesia*, Ripa, Abbas, Imola, & Balboa notant. Adjudicatur ergo possessio Reo verbis tantum, re tribuitur Actori, ut idem Ripa, & Panormitanus observant.

Progrediamur modo ad solvenda argumenta pro sententia Martini. Et ad primum dicimus, actionem in rem, & interdictum Uti possidetis, non esse contraria, sed diversa, scilicet, si ut docent, proponantur subalterne, ita enim debent proponi: *Tu non possides, sed ego: & tu possideas, rem meam esse ajo.* Sicut non sunt contrariæ defensiones ita a reo oppositæ: *nihil debeo: & ut debeam, pepigi tecum de non petenda pecunia*, *l. non utique*, *ff. de except.* Cujac. in nostro §. *nihil commune*, & 25. *obs.* 34. II.

II. Ad textum in *d. cap. pastoralis* varie respondent Doctores. Primo enim Aquilinus in §. *nihil. commune n.* 204. docet, a Summo Pontifice cumulationem actionis realis solum probari cum interdicto Unde vi, odio spolii, de quo agebatur in specie ibidem Summo Pontifici proposita, & habetur in *Clem. un. in fine, de causa possess.* Quæ tamen sententia rejicitur ex illis verbis, *De recuperanda seu adipiscenda*, ubi aperte S. P. cumulationem probat tam in interdictis recuperandæ possessionis, uti est Unde vi, quam adipiscendæ, quidquid Aquilinus renitatur.

Gonzalez in *d. cap. cum dilectus n.* 18. opinatus est, Innocentium III. ibi amplexum fuisse sententiam Martini, negantis actionem realem posse concurrere cum interdictis retinendæ possessionis, quamvis admittat cum interdictis adipiscendæ, & recuperandæ. Quæ sententia tuta non est; videtur enim contradicere Cœlestino III. in *cap. ad ultimum, eod. tit.* cum præsertim ait, proprietatis, & possessionis concursum recipi tam de Jure civili, quam canonico, ut litigantes sumtibus pareant.

Itaque verius est, in hac quoque parte Jus Pontificium concordare cum Cæsareo. Et quamvis Innocentius nominet solum interdicta adipiscendæ, & recuperandæ possessionis, non tamen excludit interdicta retinendæ, illis verbis: *Aliis possessoriis judiciis in suo robore duraturis, quæ vindicationem Domini sui natura præcedunt.* Sunt enim hæc verba intelligenda de casibus, in quibus actor agit Jure possessionis, reus excipit ex causa proprietatis, interdictis duplicibus, in quibus prius de possessione, tum de proprietate cognoscendum est, ut ratio ordinis exigit, quæ proponitur in *l. 3. C. de interd.* & in *l. ordinarii. C. de reivindic.* ut supra diximus.

Ex hactenus disputatis plura colliguntur. Hinc enim I. fit, ut utrumque judicium proprietatis & possessionis coram eodem Judice agitari debeat, ne causæ continentia dividatur, ut dicitur in *l. nulli prorsus, C. de judiciis.*

II. Ut Judex, cui simpliciter causa delegata est, tam de possessione, quam de proprietate possit cognoscere, *cap. 1. de sequestr. possess.* Contrarium tamen videtur colligi *ex l. 3. C si a non compet. Judice.*

Distinguendum est; aut enim causa simpliciter delegata est, & judex recte de utraque causa cognoscet *d. cap* 1. Aut delegata est nominatim causa proprietatis, & non cenlebitur commissa causa possessionis, vel contra, ex *d. l.* 3. Ratio est, quia rescripta justitia sunt stricti Juris, nec extenduntur ad ea, quæ in ipsis comprehensa non sunt, *cap. Rodulphus, cap. significavit, de rescriptis*; & cum Princeps unum committit, non videtur aliud committere, *l. cum Prætor, ff de judiciis.* Ita post Glossam distinguit Barbosa in *cap. ad ultimum num.* 13. *de causa possess.* ubi etiam Gonzalez.

Nec obstat textus in *cap. ex conquestione, de restitut. spoliat.* ubi commissa causa super nullitate matrimonii, quæ est causa de Jure, Uxor coram Judice delegato petiit, Virum sibi restitui. Ex quo fit, Judicem, cui causa de Jure commissa est, posse de possessione cognoscere. Nam respondetur Judicem delegatum in eo textu cognoscere de possessione ratione mutuæ petitionis, seu reconventionis: & ex reconventione Judex alias incompetens redditur competens, *cap. 1. de mutuis petition. l. Papinianus, C. de sentent. & interlocut.* Ita Doctores supracitati.

III. Cumulatio aliquando fit, ut simul in utroque judicio procedatur usque ad sententiam diffinitivam, ut in *cap. 2. cum 4. seqq. de causa possess.* Aliquando vero, ut prius judicium suspendatur, ut in *Clem. un cit. tit. & cap. significaverunt, de testib.* Et finito posteriore judicio, id est, possessorio, ad petitorium suspensum redire licet, ut colligitur ex *cap. 2. cap. ex conquestione, de restitut. spoliat. cap. suborta, de re judicata.* Ita Rota *decis.* 1. & 10. *in noviss. tit. de causa possess.* Doctores communiter apud Fermosinum in *c. pastoralis, qu. 2. num.* 3.

Ceterum suspensio petitorio, nequit Judex simul in petitorio & in possessorio procedere, Caputaqu. *decis.* 322. Riceius *collect.* 254. & patet ex *d. Clem. un.* ibi: *Suspendere petitorium, in solo possessorio procedendo.*

IV. Fit, ut Judex, ubi facta cumulatio est, & de utraque commissione Litigatores audivit, possit, vel utramque causam simul una sententia decidere, *cap. significaverunt, de test. d. cap. cum dilectus*; vel separatim, præmissa semper causa possessionis, *d. cap. 1. de sequestr. possess. cap. dilecti. de appellat. d. cap. 1. de causa possess.*

Hoc tamen intelligendum est, si cumulatio fiat ad hunc effectum, ut simul de utroque judicio agatur, & utramque simul diffiniatur. Secus enim est, si fiat ad effectum suspen-

suspendendi petitorium, ut in nostro §. *nihil commune*, & in *l. cum fundum*, §. *fin. ff. de vi & vi arm.* vel suspendendi possessorium, ut notavimus ex *l. & an eadem*, §. *ult. ff. de except. rei judicat.*

V. Fit, ut in eodem libello multo magis cumulari plura interdicta possessoria queant, ut retinendæ, & adipiscendæ, vel recuperandæ possessionis, subalternæ tamen, veluti: *Ego possideo, & ago interdicto Uti possidetis: & ut tu possideas, ago interdicto Unde vi*. Vide latè Paulum de Castro *cons.* 386.

Ita etiam interdictum Salvianum, quod est ab obtinendam possessionem rerum, quas Conductor in fundum invexit, intulit, idque pro pensione fundi, potest cumulari cum actione hypothecaria, quæ judicium petitorium constituit, Negusantius *de pignor. memb. ult. par. ult. num.* 26. Menochius *de adisp. rem.* 3. *a n.* 159.

Hæc duo judicia conveniunt in hoc, quod utrumque datur contra quemcumque possessorem: discrepant vero, quia hypothecaria regulariter est cum onere probandi rem fuisse in dominio debitoris; cum obligabatur, *l. ante omnia, ff. de probat.* Quod onus remittitur agendi Salviano; cum satis sit probare, rem tempore contractæ obligationis fuisse a debitore possessam, Bart. in *l.* 1. *num.* 3. *ff. de Salviano, & l.* 1. *n.* 2. *C. eit. tit.*

Non gravabor hic ultimo loco, veluti pro coronide, sententiam Fabri circa cumulationem exponere, *dec* 62. *err.* 10. qui distinguit inter Jus vetus, & novum. Nempe Jure veteri Digestorum, quia causa interdictorum apud Prætorem ipsum tractabatur extra ordinem, causa vero proprietatis disceptabatur apud Judicem a Prætore datum via ordinaria, id est, per actionis formulam ipsi a Prætore præscriptam, ideo nunquam olim cumulatio judicii possessorii cum petitorio licita esse potuit. Et Juris ordo fuit, ut semper a possessione inciperetur, *l. is qui destinavit*, *ff. de reivind.* Fatetur tamen, eum qui vindicare cœpit, pendente eo judicio, recte de retinenda possessione egisse, *d.* § *nihil commune*, vel de recuperanda per interdictum Unde vi, *l. cum fundum*, §. *fin. ff. de vi, & vi arm.* quia Prætor dando Judicem de proprietate, non auferebat sibi potestatem cognoscendi de possessione, cujus causa semper favorabilior, quia summaria est. At non fatetur similiter, eum qui cœpit agere interdicto, audiendum fuisse, si voluisset rem vindicare, quia favor possessionis hanc sententiam non patiebatur, & quia in ea re auctoritas Prætoris, qui non completo judicio deserebatur, lædi quodammodo videbatur.

Hæc Jure novo mutata fuerunt post sublatas differentias cognitionum extraordinariarum, & judiciorum ordinariorum, §. *ult. Instit. de interd.* Ideo hæc ratio amplius cumulationem impedire non potuit; & statutum est, ut Judex unus de causa proprietatis & possessionis cognoscat, ne causæ continentia dividatur, *l. nulli*, *C. de judiciis*.

QUÆSTIO II.

Cœpto judicio in rem, quando liceat agere interdicto.

VUlgo Doctores distinguunt; aut enim interdicto agitur ad eum finem, ut petitorium judicium suspendatur; & docent interdictum ante causæ conclusionem proponi debere. Sin autem ad hoc, ut simul utrumque judicium expediatur, unaque sententia ambæ lites decidantur; & ad interdictum recte etiam post conclusionem decurri volunt.

At Fermosinus in *d. cap. pastoralis q.* 1. *n.* 3. verius esse docet, in quantum ad utrumque effectum posse agi interdicto usque ad conclusionem in causa petitorii. Id ipsum ibidem Imola, Romanus, Alexander, & Balboa. Sequuntur Menochius *de adipisc. rem.* 4. *n.* 527. Joannes Garsia *de nobilit. gl.* 11. *n.* 12. qui hanc sententiam de utroque Jure locum habere affirmant.

Verum, ut hæc quæstio generalius tractetur, meliusque queat intelligi, tria distinguenda sunt, Emendare actionem, Mutare, & Cumulare, quæ distinguit Accursius in *l. edita, verbo Emendari*, *C. de edendo*, & magnam lucem toti huic tractationi afferunt.

Emendare est, cum salva actionis semel propositæ substantia, error tollitur, *l. actorem, ff. de re judic.* Ut si quis plus debito petiit, ne incidat in pœnam plus petentium, justum petat. Et hanc emendationem sine nova contestatione fieri usque ad sententiam posse, opinatus est Martinus. Cui contradixit Joannes; qui nonnisi ad litis contestationem permisit. Hoc tamen Accursius verum esse fatetur in judiciis singularibus, ex *l. non potest, ff. de judiciis*. Secus vero esse docet in judiciis universalibus, & hereditatis petitione, & in generalibus, ut actione tutelæ, in quibus emendatio permittitur usque ad sententiam,

l. 4. *& l. si quo*, *ff. de petiti. hered. l.* 2. *&* 6., *ff. de judic.* Ita Accursius in *d. l. edita*, qui ita utramque sententiam Martini, & Joannis concordare videtur.

Mutare vero actionem dicimus, cum priore omissa, alia instituitur; ut si Actor omisso judicio possessorio, intendat petitorium, vel omissa via ordinaria, agat exequutiva. Et Accursius hoc permissum olim fuisse usque ad litis contestationem tantum, docet ex *d. l. non potest*, *ff. de judiciis*. Hodie vero nec etiam ante contestationem, si jam Reus sit legitime citatus, *Auth. qui semel. C. quom & quan. Judex*.

Verum alii indistincte docent, libellum & emendari, & mutari posse semper, & in omni judicio usque ad sententiam, Alciatus, & Donellus in *d. l. edita*, *&* 23. *commen:.* 5. Gonzalez in *cap. examinata*, *n* 10. *de causa possess.* Vaconius 6. *declar.* 89. Menoch. *d. rem.* 3. *num.* 25. Quod etiam est contra Bartolum, Baldum, Fachineum 11. *contr.* 92. *&* 95. alioique, qui generatim emendationem, & mutationem concedunt usque ad litis contestationem, & non ultra, ex *l. ult. C. de plus petition.*

At superior sententia probatur ex §. *si quis aliud*, *Instit. de action.* ubi Justinianus sermonem habet primo de Emendatione, ut si quis aliud pro alio intendat; deinde loquitur de Mutatione, ut si quis ex testamento sibi dari oportere intendat, quod ex stipulatu debetur. Et indistincte ait: *In eodem judicio*, *cognita veritate*, *errorem suum corrigere ei permittitur*. Ait, *In eodem judicio*, idest usque ad sententiam; ad eam enim usque ad judicium durat. Et facit generaliter textus in *d. l. edita*, ubi permittitur Emendatio, & Mutatio, nulla facta temporis mentione. Ergo etiam post litem contestatam usque ad sententiam, argumento ex *l. nec non*, §. *quod ejus*, *ff. ex quib. caus. majores*.

Id ipsum in quantum ad Mutationem patet ex *l. eum fundum*, §. *ult. ff. de vi*, *& vi arm.* ubi qui fundum vindicavit, pendente judicio nihilominus interdicto. Unde vi agere potest. Dicit, *Pendente judicio*, quod idem est, quod *In eodem judicio*, id est, usque ad sententiam, quidquid Gran. & Fermosin. in *d. cap. pastoralis* velint, dum interpretantur usque ad conclusionem.

Nec facit cum Accursio textus in *d. l. non potest*, *ff. de judic.* quia non agitur ibi de Mutatione vel Emendatione actionis, sed tantummodo dicitur, non videri in judicio deductum, quod postea deberi cœpit, quia alia res est, *l. nam quemadmodum*, *ff. de judic.* & facit *l. Attejus*, alias *Antaus*, *ff. de aqua pluvia*. Ita Donellus *loc. cit.*

Ne iterum obstat *d. Auth. qui semel*, quia nec etiam ibi de Emendatione aut Mutatione libelli sermo est, sed de Eremodicio, nempe si actor deserat judicium, nec amplius compareat; instante reo, cogi potest ut finiat, nisi ob Eremodicium condemnari velit. Vide Cujacium, in *l. properandum*, §. *& siquidem*, *C. de judiciis*.

Nec tandem facit cum Bartolo textus in *l. ult. C. de plus petition.* ubi qui plus petit, totius debiti causa mulctatur, nisi ante litem contestatam errorem suum corrigat; nam hic casus specialis est, & locum habet, ubi Actor non per errorem, sed per dolum, & machinationem errorem non emendat, sicuti Justinianus *ibidem* ait, & post alios tradit Osualdus ad Donellum *lib.* 22. *cap.* 9. *lit. I.*

Cumulare demum est, cum uni actioni adjungitur altera, & utraque simul agitur, vel ut prior actio suspendatur. Ed id fieri posse post litem contestatam, docet Accursius in *d. l. edita*, nempe quia nulla lex id fieri prohibet, argumento ex *d. l. nec non*, §. *quod ejus*, *ff. ex quib. caus. major.* Videtur tamen Accursius hanc cumulationem permittere usque ad sententiam: sed potius est, permitti tantum ad conclusionem, ut de Jure Canonico statutum est.

Et probatur cum supracitato Fermosino I. ex *d. cap. pastoralis*, ubi hæc Summus Pontifex habet: *Si vero renunciatum fuerit*, *vel conclusum*, *ut jam possit causa proprietatis diffinitivæ sententiæ calculo terminari*, *ne lites litibus inculcentur*, *& via possit fraudibus aperiri*, *causa non decisa*, *possessorio non erit utendum*. Quæ rationes vim habent, tam si Cumulatio fiat causa suspendendi, quam si causa uniendi simul utramque actionem. Primo ergo Summus Pontifex statuit generatim, facta causæ conclusione, Cumulationi non esse locum, quia conclusio etiam renunciatio dicitur, quia in conclusione Litigatores probationibus renunciasse intelliguntur, ipsisque os clauditur, Menochius *de arbitr. q.* 35. *in princ.* Apud nos tamen de stylo intelligitur renunciatum productioni testium, non etiam scripturarum, qui stylus originem habet ex *Pragm. cursu*, *de ordin. judic.* Afflict. *dec.* 272. *in princ.* Secundo rationes subnectit; cum enim post causam conclusam immineat jam causæ decisio per senten-

tentiam diffinitivam, utique non est hæc decisio retardanda per Cumulationem; esset enim lites litibus inculcare. Præterea, qui sibi timet, ne causa cadat, facile tentaret remorari sententiam proposita Cumulatione, cui fraudi obviandum est. Tertio tandem ait. *Causa non decisa*. Unde si causa petitorii decisa jam sit, poterit ad possessorium decurri, nec obstabit exceptio rei judicatæ, quia possessio, & proprietas diversæ res sunt. Sicuti e contrario, qui succubuit in causa possessorii, potest rei vindicatione agere, *l. & an eadem*, §. *ult. ff. de except. rei judicatæ*.

Subjicit deinde Summus Pontifex exceptionem: *Nisi Judex, qui de causa cognoscit, hoc ipsum ex justa causa viderit expedire*, idest, posse Judicem, si ita ei videbitur, admittere possessorium etiam post conclusionem. Facit textus in *d. l. edita*, ibi: *Vel jus reddentis decernit æquitas*. Ita erit, si constet de violentia spoliantis, *l. meminerit*, *l. si quis in tantam*, *C. unde vi*, *l. si quis ad se fundum*, *C. ad legem Juliam de vi*. Vel si dolo spoliantis, aut aliquo casu factum sit, ne spoliatus de jure suo docere possit, *d. cap. pastoralis*, Covarr. in *regula Possessor*, *par.* 2. §. 6. *n.* 2.

II. Probatur ex *cap. significaverunt*, *de testibus*, quem perperam secum facere putant Adversarii. Etsi enim ibi duo casus distinguantur, primus si possessorium proponitur, cum in petitorio usque adeo processum est, ut plene possit de proprietate loquere, & ea decidenda causa est, deinde causa possessionis cumulata: secundus, si proponitur possessorium antequam de proprietate liqueat, & tunc utraque quæstio unica sententia definienda est. Non tamen inde colligere licet, posteriorem casum respicere cumulationem factam ante conclusionem, priorem vero post conclusionem; nam expresse Summus Pontifex notat in ea causa, cum propositum fuit possessorium, adhuc conclusionem non fuisse factam, sed solum imminentem fuisse publicationem; nam completo examine testium, fit publicatio in causa, qua facta devenitur ad conclusionem. Ergo in utroque casu supponitur Cumulatio proposita ante conclusionem; quia tamen jam examen testium factum fuit, accidere potuit, ut ex eo solo examine de proprietate liqueret. Id ipsum clarius patet ex integra Decretali, quam refert Antonius Augustinus in 3. *collect. tit. de testibus*, *cap.* 9.

Unum singulare notandum est ex *Clem. un. de causa possess.*, ubi qui in causa beneficii solum petitorium proposuit, & succubuit, si ad Sedem Apostolicam appellet, potest ab alterutra Parte suspendi petitorium, petendo, ut procedatur in possessorio, quod de novo proponitur. Quam decisionem mirabilem vocat Cardinalis ibidem, nempe quia Judex appellationis non habet cognitionem, nisi in articulo, in quo appellatio fuit interposita. Ratio tamen specialis est, quia si appellatione facta ad S.P. non posset de possessorio agi, nec etiam cumulari posset amplius apud Judicem primæ instantiæ, ad quem finita appellatione, devolvitur tantum executio, *can. fin.* 2. *q.* 6. *cap. cum teneamur*, *de appellat.* Gran. in *d. cap. pastoralis a num.* 6. quem sequitur Fermosinus *ibid. d. qu.* 2. *n.* 7. qui de materia late agit.

De concurrentibus actionibus.

De concurrentibus actionibus librum singularem conscripsit Paulus, cujus duo tantum fragmenta in Pandectis extant, alterum in *l. si quis egerit* 90. *ff. de furtis*, alterum in *l. qui servum* 33. *ff. de oblig. & act.* ex qua lege & illud constat, varias plurimumque inter se diffidentes de ea tota re extitisse veterum Jurisconsultorum sententias. *Magnas varietates* vocat Hermogenianus in *l. cum ex uno* 31. *ff. de oblig. & action. Longas controversias* appellat Ulpianus in *l.* 5. §. 1. *ff. ad l. Aquiliam*. Utinam hujus diffidii nulla in Jure Justinianeo reliqua essent vestigia, minus enim laboris, minus molestiæ in tot legibus, quæ de his actionibus agunt, quæque invicem pugnare videntur, vel explicandis, vel conciliandis, nobis esset insumendum. Sed quoniam ita in fatis erat, ut & Pauli libro careamus, & Triboniani incuria laboremus; non ingratum fore arbitror, ut de ea re, de quo agit etiam Cujacius 8. *observ.* 24. quantum per tempus licet, in præsentia differamus. Totum autem tractatum non in tot, nec in ea capita dividemus, in quot, & in quæ dividi debere putat Petrus Faber in *l. nunquam* 130. *ff. de reg. Jur.* Satis enim omnia quæcunque dici possunt, tribus tantummodo propositionibus comprehenduntur.

I. PROPOSITIO.

Actiones poenales in eadem re, sed ex pluribus factis, concurrentes, altera alteram non consumit.

HUc pertinent, quæ habet Ulpianus in *l. nunquam*, *ff. de reg. jur.* in hæc verba: *Nunquam actiones, præsertim pœnales, de eadem re concurrentes, alia aliam consumit.* Quæ regula, paucis immutatis, extat etiam in *l. nunquam*, *ff. de oblig. & act.* & a nobis varie interpretari solet. Sed ad verum intellectum nos veluti manuducit Justinianus in *§. ult. inst. si quadr. paup. fec. dic.* ubi eam ipsam recitat, & hoc exemplo illustrat. Si aptum habeas, qua vulgo iter fit, & servo meo nocitum fit, agere possum ex Æidilis edicto, ut damnum damni præstes, & actione de pauperie, qua aptum consequar. Duo hic facta sunt, ideoque duæ culpæ in eadem re, id est, in eodem apro: propterea Jure merito duæ in te actiones competunt, nec una alteram consumit. Ejus definitionis ratio aperta est, & traditur ab eodem Ulpiano in *l. 2. ff. de privat. delictis*: *Nunquam*, inquit, *plura delicta concurrentia faciunt, ut ullius impunitas detur. Neque enim delictum ob aliud delictum minuit pœnam*. Non abludit Quintilianus in *Declamat. de ignomin. pulsat. Duæ enim sunt injuriæ in hoc uno facto, & ideo duæ pœnæ*.

Plura his similia in Jure nostro passim occurrunt: paucis ero contentus. Si servus tuus servum meum surripuit, & occiderit, furti & damni injuria in te actio competet, *l. si servus servum*, *ff. ad legem Aquiliam*. Cur ita? Nempe quia duo facta sunt, duo etiam delicta, unum furti, alterum damni, in eadem re admissa, id est, in eodem servo. Quare ex duabus actionibus, quæ inde oriuntur, una alteram non consumit.

Ita si quis alienam ancillam surripuerit, & flagitaverit, in eum actione servi corrupti, & furti, poterit agi, *d. l. 2. §. pen. ff. de privat. delict.* Nam hic *flagitaverit*, legendum est, non *flagellaverit*, ut recte Budæus in *Annot. reliqu.* Agitur enim non de damno dato, quod flagello fit, sed de ancilla corrupta flagitando: quippe flagitare nihil aliud est, quam vitium virgini inferre, quod vitium veteribus *flagitium* dictum est, ut Revardus in *d. l. nunquam* observat.

Tandem si quis servum alienum ad furandum Domino sollicitaverit, furto secuto, tenetur Domino actione furti, & servi corrupti, *§. unde illud*, *Instit. de oblig. quæ ex delicto*. Paria his habentur in *l. faciendæ §. 1. ff. arbor. furt. cæsar.*

Illud verum est, hæc proprie ad concursum non pertinere. Concursus enim actionum est, quoties ex uno eodemque facto plures actiones competunt, ut definit Jacobus Gothofr. in *Cod. Theodos. tit. victum civiliter agere & criminaliter posse l. un.* & colligitur ex *l. cum ex uno delicto*, *ff. de oblig. & action.* Unde & illud constat, *d. l. nunquam* de concursu actionum non loqui, & male hactenus in contrarium creditum est vel ab ipso Gothofredo.

II. PROPOSITIO.

Actiones ex uno facto in eadem re concurrentes, altera alteram non consumit. Primo, si una mista sit, altera pœnalis. Secundo, aut una rei persequutoria, altera pœnalis. Tertio, aut una rei persequutoria, altera mista. Quarto, aut una civilis, altera criminalis.

PRimo ergo de mista & pœnali dicemus. Paulus in *l. actione*, *ff. de tutel. & ration. distrah.* hanc proponit speciem. Tutor in gerenda tutela rem ex bonis pupilli abstulit animo furandi. Duo hic tutor delicta admisit. Unum, quia rem pupillarem avertit; non enim tutori licet quidpiam sibi capere, etiamsi citra dolum id faciat, veluti putans vel sibi licere, vel pupillum concessurum, ut Glossa *ibidem* ait. Finge, tutor ob labores in gestione tutelæ insumtos credit licitum esse quidpiam sibi sumere ex re pupilli. Is quippe errore Juris delinquit, cum tutela munus gratuitum sit. Delinquit etiam, si errore facti existimet facilem pupillum, nec, si rogaretur, negaturum. Et pœna est ad duplum, in quo inest & simplum. Hoc persequitur actio de rationibus

bus distrahendis, quæ mista est, *d. l. actione in fine*; eaque ex lege XII. Tabularum descendit. Cujacius in *paratit. lib. 27. tit. 3.* Verum quia dolus & animus lucrifaciendi accessit, incurrit tutor delictum alterum, quod est furtum. Ait Paulus, tutorem non solum furti teneri, sed & actione de rationibus distrahendis. Hæc ejus verba: *Utraque autem actione obligatur, & altera alteram non tollit.* Habes hic unum factum in eadem re, & est interceptio rei pupillaris: inde tamen duæ actiones oriuntur, quarum altera est mista, pœnalis altera. Et recte ambo concurrunt, quia ad diversa tendunt; nam actione de rationibus distrahendis pupillus consequitur simplum, & tantundem pœnæ nomine; actione furti alteram dupli pœnam exiget. Etsi enim hic unum factum sit, duo tamen delicta sunt admissa; & delictum ob aliud delictum pœnam non minuit, *l. 2. ff. de privat. delictis*. Concordat *l. sed etsi, § & ideo, ff. ad legem Aquiliam*.

Hæc tamen aliquo indigent temperamento, ut ex posteriori actione id tantum consequamur, quod in priori defuit. Pone, agit pupillus actione de rationibus distrahendis; consequutus est rem, & simplum pœnæ; cum aget deinde furti, non duplum pœnæ nomine habebit, sed simplum alterum, ut hæc simul juncta duplum efficiant. E contrario si prius egit furti, quoniam jam duplum pœnæ habet, rationibus distrahendis nil nisi rem persequetur. Et hoc est temperamentum, quod proponitur in *libro de concurrent. action*, a Paolo in *d. l. qui servum, ff. de oblig. & act.* & in *d. l. si quis egerit, ff. de furtis*, quibus adde *l. 1. ff. de vi bonor. raptor.* Descendit tamen a Trebatio in *l. 1. ff. arbor. furt. caesar.* ex quo textu etiam patet, hoc ex officio Judicis pendere; & ita capi debet idem Paulus in *l. pen. ff. cit. tit.* & Hermogenianus in *l. cum ex uno, ff. de oblig. & action*.

Secundo de rei persecutoria, & pœnali. Pone cum Ulpiano in *l. rei communis, ff. pro socio*, ubi si socius rem communem celandi animo contrectavit, furti agi cum socio potest, & actione pro socio, nec altera actio alteram tollit. Concordat *l. 1. §. in tutela, ff. de tutel. & ration. distrah.*

Obnititur tamen Jabolenus ex Cassio in *l. si is cui, ff. de furtis*, ubi si furti actum est, commodati actio extinguitur. Multum Accursius in *d. l. rei communis* insudat, ut hunc obicem removeat, tandem eo confugit, ut dicat, hic a Jaboleno actionem furti pro condictione furtiva accipi: & hancbonam solutionem appellat. Et sane est; hic enim vocabulorum abusus in Jure nostro novus non est: quippe in ea sententia Pauli, *Res surrepta, si in Domini potestate reversa sit, cessat furti actio*, utique *furti actio* pro condictione furtiva usurpatur; hæc enim eo Pauli casu cessat, non illa, *l. 10. ff. de condict. furt.* Cujac. 21. *observat.* 19. Quam interpretationem si recipimus, iam quod Jabolenus ait, ad eum pertinet casum, ubi de concursu duarum actionum agitur, quæ ambæ rei persecutoriæ sunt, de quibus in *Propos. III.*

Sed quid faciemus Cajo? Is in *l. si merces, §. culpæ, ff. locati* pro arboribus succisis ait, *officio Judicis* locatorem non uti, nisi actione locati, omissa pœnali ex *l. XII. Tabularum de arboribus succisis*. Pœna est, ut in singulas arbores succisor luat æris 25. Plinio teste *lib. 17. cap. 1.* & refertur a Gothofredo *Tab. 2.* Id ipsum velle videtur Ulpianus in *l. quicunque, §. idem ait, ff. de institor. act.* ubi si libitinarii servus pollinctor mortuum spoliavit, datur in Dominum quasi institoria actio, quamvis & furti & injuriarum competat. Sed hoc est temperamentum, quod a Judicis officio procedit, Cajus in *d. §. culpæ*, de quo mox.

Tertio de rei persecutoria & mista. Variæ de hac in re videntur extitisse Jurisconsultorum sententiæ. Pugna tamen non est de eo, qui plus elegit; nam si mistam quis actionem proponat, & rem & pœnam consequatur, minime ambigitur, eum actione rei persecutoria amplius uti non posse, *l. qui servum, §. Sin. ff. de oblig. & action.* rursus enim rem peteret: & bis idem petere, prædam sectari est. Quæstio solum est in eo qui errore Juris, vel Facti, minus elegit. Movit judicium actione rei persecutoria, quæritur an possit deinde actione mista experiri?

Et dicimus, utramque actionem, & rei persecutoriam & mistam, tribui actoni,

ri, non tamen in solidum, sed ut ex posteriori deducat id, quod ex priori actor consequutus est, ne bis idem auferat. Ita Paulus in *d. l. qui servum*, §. *fin.* Ecce is, cui vestimenta mea commodavi, eadem scidit, aut rupit: mihi duabus actionibus tenetur, & commodati, quæ rem solam persequitur, & legis Aquiliæ, quæ persequitur & rem & poenam. Jam pone, egi actione commodati ad simplum: quæres, an experiri possim actione ex tertio capite legis Aquiliæ? Responsio Pauli est, me uti posse, at non in solidum, sed solum in quantum ad illud *plurimi* legis Aquiliæ, quod pœnæ nomine exigitur. Verba Pauli sunt: *Post commodati autem an Aquilia remaneat in eo, quod in repetitione triginta dierum amplius est, dubitatur. Sed verius est, remanere.* Ita legitur in Pandectis Florentinis: & male quidam negationem addunt, ut sit, *Sed verius est, non remanere*, Antonius Augustinus 1. *emend.* 5. Intelligit autem, postea quam commodati actum est, legis Aquiliæ actionem remanere, sed solum respectu pœnæ. Rationem Paulus subjicit: *Quia simplo accedit, & simplo subducto locum non habet.* Sensus est. Actor actione commodati jam habet simplum, huic simplo pœna legis Aquiliæ accedit: quod si simplum ex commodato subducas, auferas, locum non habet, hæc scilicet restrictio legis Aquiliæ, sed pro solido proponetur. Non enim accedo Cujacio 3. *observ.* 25. & in hac ipsa *l. qui servum*, §. *fin.* dum negationem demit, & legit, *Simplo subducto locum habet*. Hæc eadem habet Ulpianus in *l. unde quæritur* 7. §. 1. *ff. commodati*.

Hoc vero non tam ipso Jure accidit, quam Judicis officio, qui ex posteriori actione demit id, quod ex priore consequutus sum, ut capiendus est Paulus in *l. quoties* 40. *ff. de oblig. & act. Si eodem*, inquit, *facto duæ competant actiones, postea Judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat: si tantundem aut minus est, id consequatur.* Sensus est, si qua lege veteri obligationi nova adjuncta sit, & plus in nova sit, ea actor officio Judicis consequetur, quod in veteri defuit: quod si in nova tantundem sit, vel minus, actor eodem Judicis officio, *id consequetur*, nempe id quod in veteri est. His postremis verbis ita explicatis, apparet frustra laborare Cujacium 3. *obs.* 25. dum hæc ultima Pauli verba sensu carere putat, & illud *Id* immutat in *Nil*. Quod aliis immerito arrisit.

At cur non ipso Jure? Cur officio Judicis opus est? Nempe quia Juris regula est: *Quoties lex obligationem introducit, nisi nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones competere*, *d. l. quoties*. Hinc fit, ut ipso Jure possit actor pluribus actionibus in solidum uti, quando eas omnes ei leges tribuunt. Non enim nova obligatione introducta, vetus sublata est, sed manet, & ita manet, ut omnes competant. Cur non omnibus utetur actor? Verum quia hac tanta Juris subtilitate fieri aliquando potest, ut actor plus recipiat, quam meretur, ut bis idem consequatur; ideo officio Judicis opus fuit, qui post primam actionem tribuat etiam secundam; sed cum eo temperamento, ut ex posteriori deducatur id, quod actor ex priore jam consecutus est. Simile est, quod habetur in §. *si cui fundus*, *Instit. de legatis*.

Multa sunt, quæ refragari videntur. I. Quia concurrentibus duabus actionibus, altera rei persecutoria, altera mista, una tantummodo, non omnibus utendum est, *l. plura delicta*, *ff. de oblig. & act. l. in rebus*, §. *sive autem*, *ff. commodati*, *l. si servus servum*, §. *Proculus*, *ff. ad legem Aquiliam*. Quod verum est, etiamsi minus elegerim; nam si pupillus usus sit condictione furtiva, vel actione tutelæ, quæ rei persecutoria sunt, amplius actione de rationibus distrahendis, quæ est mista, uti non potest, *l.* 1. §. *in tutela*. *l.* 2. *ff. de tutel. & ration. distrah.*

II. Quia actor contentus esse debet potestate minus eligendi, ut nullo modo majus eligere queat, *l. si vulneraveris*, *l. si merces*, §. *culpæ*, *ff. locati*.

Verum & hæc non ipso Jure, ex quo negari non potest plures actiones competere, sed officio Judicis procedunt, ut in *d. l. si vulneraveris*, & in *d.* §. *culpæ*, manifestum est. Difficultas ergo solum in eo manet, quod Judicis officium interdum collocetur in temperamento, ut ex posteriori actione deducam id, quod ex priori consecutus sum, *d. l. quoties*, *ff. de Ob. & Act.* Interdum in electione, quod electa minori actione, priver altera etiam majori, *d. l.* 1. §. *in tutela*, cum *l.* 2. *ff. de tutel. & ration. distrah.* Interdum vero in electione tollenda, ut minori actione contentus sim, *d. l. si vulneraveris*, & *d.* §. *culpæ*.

Hæc omnia oriuntur ex eo, quia officium Judi-

Judicis versatur in praxi forensi ad actiones pertinentes, Giphan. ad *tit. Instit. de offic. Jud.* Hæc autem praxis varia est, prout Judici æquius visum est; nam positum in eo est, ut æquitatis ratio servetur, *l. sumtus, ff. de rei-vindic.* Hinc est, quod officium istud ad contraria pertinere possit, & interdum actionem denegat, vel eidem modum imponit, ut dictum est. Interdum supplet id, quod ex actione deest. Ita liberi in potestate, qui actionem ad petendam a parentibus dotem non habent, eam officio Judicis consequuntur, *l. qui liberos, ff. de ritu nuptiar.* Ita Professores consequuntur mercedes, implorato Judicis officio coram Præside vel Proconsule Provinciæ, *l. 1. in princ.* ubi Accursius, *verbo dicere, ff. de extraord. cognit.* Romæ vero coram Tribunis Ærarii, qui Jus dicebant in Basilica Porcia, Juvenalis de infelicitate studiorum:

Rara tamen merces, quæ cognitione Tribuni
Non egeat.

Quarto tandem de actione Civili & Criminali. Et regula est, ut si ex eodem facto oriantur, altera per alteram non consumatur.

Hæc regula extat in Codice Theodosiano sub *tit. victum civiliter agere & criminaliter posse, l. un.* Et ita a Gratiano Imperatore concipitur: *Quoties de re familiari & civilis & criminalis competit actio, utraque licet experiri; nec si civiliter fuerit actum, criminalis potest consumi.* Frustra est Jacobus Gothofredus *ibidem*, cum huc pertinere putat regulam Hermogeniani in *l. cum ex uno 31. ff. de oblig. & action. Cum ex uno delicto plures nascuntur actiones, omnibus experiri permittitur.* Cum enim Jurisconsultus huic suæ regulæ exemplum subjiciat de arboribus furtim succisis, aperte demonstrat, eam nihil ad criminales actiones pertinere; nam pro arboribus succisis non est alia prodita actio, quam ex lege XII. tabularum, & ex lege Aquilia, *l. si colonus, ff. arbor. furt. cæsar. l. duobus, §. colonus, ff. de jurejur. l. si merces, §. culpæ, ff. locati.* Harum autem nulla criminalis est, etsi altera sit pœnalis, altera mista; quoties enim pœna pecuniaria cedit lucro actoris, ut in his, actio civilis est: & ad criminalem opus est, ut pœna Fisco persolvatur, Jason in *§. actio, n. 19. instit. de actionibus.*

Contra, exempla Gratiani sunt, si concurrat interdictum Unde vi cum crimine legis Juliæ de vi: interdictum de tabulis exhibendis, cum crimine legis Corneliæ testamentariæ: actio de operis patrono debitis, cum crimine ex lege Visellia sive Viscellia: actio furti, cum crimine legis Fabiæ de plagiariis: actio civilis de fide instrumenti, cum criminali ex Senatusconsulto. Vide Cujacium 20. *observ.* 26. Ita si servus dolo occisum sit, agi ex lege Aquilia, & lege Cornelia de sicariis potest.

Eam Gratiani regulam retulit Tribonianus in Codicem Justinianæum sub *tit. Quando civilis actio criminali præjudicet*, & unum de suo addidit, eam locum habere, non tantum si prius civiliter fuerit actum, sed *& similiter e contrario*; nec enim referre utra prius actum sit.

Pugnat tamen rescriptum D. Hadriani in *l. si de vi 37. ff. de judiciis*, ubi hæc verba leguntur: *Si de vi & possessione quæratur, prius cognoscendum de vi, quam de proprietate rei. D. Hadrianus τῷ κοινῷ τῶν Θεσσαλῶν, rescripsit.* Ubi *possessio* non est, nisi proprietas rei stabilis; nam cum statim initio dicatur, *De vi & possessione*, deinde habetur, *De vi quam de proprietate.* Hoc non eam habet sententiam, quam vulgo habere creditur. Hærent in eo errore Doctores, ut hoc rescriptum intelligant, quasi in eo dicatur, si mota controversia sit proprietatis & possessionis ereptæ, prius agendum esse interdicto Unde vi, quod est de reciperanda possessione, deinde actione reivindicationis, quæ est de proprietate. Eam explicationem jure merito rejecit Cujacius 5. *obser.* 15. ut supra traditum est.

Pugnat ergo cum regula Justinianæa, ex qua nihil interest, utro prius judicio agatur; eo magis, quod a Justiniano idem exemplum de eo, qui per vim de possessione dejectus est, suæ regulæ illustrandæ causa subjicitur; & actoris arbitrii esse ait, ut si egerit pro recuperanda possessione interdicto Unde vi, non prohibeatur deinde etiam lege Julia de vi publico judicio instituere actionem. Quæ pugna est, si hæc non est?

Placet distinctio Emundi Merilli 2. *obs.* 36. nempe Justinianum loqui, quoties separatum judicium criminale & civile proponitur; tunc potest actor pro arbitrio hanc vel illam cognitionem sine præjudicio alterius proponere. Non ita Hadrianus, qui loquutus est de eo, qui ambas actiones cumulavit simul, & conjunctim proposuit; eo enim casu prius criminale judicium expediendum est, quia major quæstio minori præterri debet, *l. ult. C. de ord. cognit.*

Con-

Contrarium videtur, quod ex D. Severo extat in *l. 1. C de appellat. Prius de possessione pronunciare, & ita crimen violentiæ examinare Præses Provinciæ debuit*. Et in *l. si quis 7. C. ad legem Juliam de vi publica*, ubi Constantinus; *Et, quem constiterit expulsum, amissæ possessionis jura reparentur, eademque protinus restituta, si criminalis quæstio agitetur, violentus pœnæ non immerito destinatus, in totius litis terminum differatur*. In quibus ex duobus judiciis, criminali, & civili, simul propositis, civile judicium violentiæ crimini præfertur. Et ita docent Græci *lib. 60. Basilicorum tit. 18*.

Magnos fluctus de ea re excitarunt Doctores. Cujacius *loc. cit.* his novis legibus decretum Hadriani subverti audacter pronunciavit, & Hotomanus secutus est. Ita etiam Fornerius 2. *rer. quotid.* 20. Contra nihil contrarium haberi, voluerunt Merillus *loc cit.* & Magnus interpres Codicis Theodosiani in *l. 3. tit. ad legem Juliam de vi publica*, unde in codicem Justinianæum lex Constantini translata est. Sed inter se non concordant.

Si quid mei judicii est, putarem civile judicium de proprietate separandum ad eo, quod de possessione agitatur. Illud postponi judicio criminali, ut in rescripto Hadriani, hoc vero præponi ex Severo & Constantino; nam qui fuit a fundo expulsus, in criminali egit ex lege Julia, in civili proposuit interdictum Unde vi; & hoc sibi volunt illa: *Prius de possessione pronunciare*, & *Amissæ possessionis jura reparentur*. Itaque causa civilis de possessione præfertur criminali; causa civilis de proprietate non præfertur. Ratio discriminis dependet ex eo, quia judicium de possessione summarium est, & quam brevissime debet expediri, *l. æquissimum, ff. de usufr.* Contra, in judicio proprietatis lentus Juris ordo servatur.

Non omiserim, legem Constantini in Codice Theodosiano non agnoscere verba illa, *Si criminalis quæstio agitetur*; vel quia temporis injuria exciderunt; vel quia manu Triboniani in Codicem Justinianeum inserta sunt. Quidquid sit, illud certum est, palam ex his rejici Jacobi Gothofredi sententiam, dum voluit apud Constantinum criminale judicium prius fuisse propositum & excussum, quam civile; vindictam vero publicam in extremam litem rejectam,

Sed de his satis. In regula Gratiani habetur, *De re familiari*, ut excipiatur causa de moribus, ut idem Imperator tandem monet, nam civilis actio de moribus mota & electa, criminalem adulterii actionem extinguit. Exceptionis ratio est, quia judicium hoc civile de moribus ad rem pecuniariam non pertinent, sed vindictam persequitur & coercitionem, *l. rei judicatæ 16. §. 1. ff. sol. matrim.* Unius vero criminis duæ vindictæ esse non possunt, Jacobus Gothofredus ad *d. l. un. C. Theod. victum civiliter, &c.* Hæc deest exceptio in Codice Justiniani, quia is actionem de moribus sustulit in *l. un. C. de rei uxor act.* & *tit. C. de repudiis, & judicio de moribus sublato*.

PROPOSITIO III.

Actiones ex uno facto concurrentes, si omnes rei persequutoriæ sint, altera alteram consumit, nisi plus in posteriore sit.

AD hanc regulam referri debet, quod habet Ulpianus in *l. nemo 43. ff de reg. jur.*: *Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet.* Illud, *ejusdem rei nomine*, non tam demonstrat caussam, quam finem; ut scilicet si eandem rem persequar, una atque altera actione, alterutra contentus sim oportet, quamvis Rævardus *ibidem* de rei persecutoria & pœnali acceperit: ne scilicet bis idem consequar. Quare non obstat quod est in *l. & hæc distinctio, §. cum fundum, ff. locati*, ubi ex eodem contractu quis duas actiones simul movet, locati, & conducti. Nam non ejusdem rei nomine utramque infert, siquidem conducti actione pars propria Rei, locati actione pars Actoris propria in judicium venit.

Hac ratione motus Paulus in *l. pro socio 38. §. fin. ff. pro socio* ex Proculo scribit, si tecum mihi societas sit, & res ex societate communes, posse me vel pro socio, vel communi dividundo agere, & altera actione alteram tolli. Itaque si egi pro impensis consequendis, quas in eas res feci vel pro fructibus, quos ex his rebus percepisti, & partem meam actione pro socio obtinui, nihil superesse quod actiora communi dividundo petam; quare ea uti non possum, agerem enim ejusdem rei nomine.

Hæc vera sunt, cum altera jam mihi plene satisfactum est; nam si mihi aliquid desit, altera actione non privor; jam enim ejusdem rei nomine non sunt. Nam si has actiones com-

communi dividundo & pro socio conferamus, duo inter eas discrimina versari deprehendemus, ut monet Ulpianus in *l. si actum* 43. *ff. pro socio*. Alterum, quod in actione communi dividundo corporalium tantum rerum divisio fit, non nominum, quæ nomina incorporalibus accensentur: secus in actione pro socio, ubi etiam nominum ratio habetur. Alterum, quod actio pro socio adiudicationem non admittit, cum per eam non divisio, sed communicatio fiat, quæ tamen adjudicatio in communi dividundo locum habet, §. 5. *Instit. de offic. Jud.* Quid tum? Ex his sane Ulpianus infert, si actum sit communi dividundo, non tolli actionem pro socio: *Verum hoc minus ex ea actione me consequi, quam ex prima actione consecutus sum*. Finge, proposui actionem communi dividundo, nec plene mihi satisfactum est, cum bona Rei corporalia satis non essent; agere rursus potero actione pro socio, ut quod reliquum est, mihi solvatur in nominibus. Non enim ejusdem rei nomine ago, bis idem non peto, prædam non sector.

Et hoc est, quod idem Ulpianus tradit in *l. rei communis* 45. *ff. pro socio*, Socius rem communem celandi animo contrectavit, si ex causa furtiva condixero, cessat pro socio actio, *nisi pluris mea intersit*.

Itaque si pluris mea non intersit, ex duabus actionibus rei persecutoriis electio datur, non cumulatio. Negotiatus sum cum servo tuo, qui peculium & mercem peculiarem habet; eligere debeo, qua actione tecum experiri velim, utrum de peculio, an tributoria, cum regressus ad aliam non detur, *l. quod in herede* §. 1. *ff. de tribut. act.* quia neutra plus altera continet, si naturam ipsam inspicias; quamvis interdum accidat, ut una potius, quam altera experiri expediat, Petrus Faber. in *d. l. nemo, in fine*.

Damnum in re communi Socius dedit, tenetur lege Aquilia, & actione pro socio, altera tantum experiri possum, quia utraque actio ad rei persecutionem pertinet, ut verba sunt Pauli in *l. sed actione* 50. *ff. pro socio*. At quid est, quod ait, legem Aquiliam esse rei persecutoriam? *Pœna* appellatur a Paulo in *l. item Mala* 11. §. *sed si plures; Pœnalis* ab Ulpiano in *l. inde Neratius* 23. §. *hanc actionem*, *ff. ad legem Aquiliam*. E diverso inter actiones mistas computatur a Justiniano in §. *sed & legis Aquiliæ*, *Instit. de action*. Dicendum tamen, actionem ex lege Aquilia, licet sui natura mista sit, tamen si pretium rei, in qua damnum injuria datum est, in diebus 30. proximis, vel in eo anno variatum non sit, non esse nisi rei persequutoriam, *l. qui servum* 34. *vers. & hoc in legis*, *ff. de oblig. & act.*

Cur una actio proponenda est? Id probabili ratione placuit, *ne aliter modus litium multiplicatus, summam acque inexplicabilem faciat difficultatem*, ut sunt verba Pauli in *l. singulis* 6. *ff. except. rei jud.* Cur ergo plures tribuuntur? Non ea mente, ut pluribus utamur, *sed ut laxior agendi facultas sit*; quæ est responsio Papiniani in *l. cum filius* 78. §. *variis*, *ff. de leg.* 2.

Sic ergo pro legato vindicationis prodita est condictio, & reivindicatio; sed ex una solum, quæ fuerit electa, legatum petetur. Quod præter rationes generales, nititur peculiari alia, nempe quia legatum unum est, & in partes dividi non potest, *d.* §. *variis*.

Non dissimiliter plures pro dote tribuuntur actiones, una agi potest, quia una semper dos est, *l. si proprietati* 4. *ff. de jure dotium*.

Meminisse oportet, duarum actionum, quæ ambæ rei persecutoriæ sint, usum non prohiberi ipso Jure, sed officio Judicis. Quod observavimus apud Cajum in *l. merces* 28. §. *culpæ*, *ff. locati*, ubi arboribus a colono succisis, officio Judicis, qui ex locato judicat, omitti ab actore debet interdictum Quod vi aut clam, quo Prætor rem restitui jubet.

De Jure Constituti Possessorie ad L. quod meo 18. ff. eodem.

INter modos legales transferendi possessionem vel ille nobilissimus, & usu frequens est, qui Constitutum vulgo a Doctoribus dicitur, ubi qui possidet sibi constituit se alieno nomine possidere, veluti si dicat, *Tibi possideo*. Quod possessor dixerit, *Cajus possidet*, pro falsa potius assertione habetur, quam pro voluntate transferendi possessionem: propterea nihil operatur, argumento ex *l. cum falsa*, *C. de juris & facti ignor. l. assumtio*, *ff. ad municip.* Bartolus in *l. un. C. de confessis*, Baldus *cons.* 482. *lib.* 1.

A Tabellionibus additur instrumentis hoc modo, *Cum constituto*, *&c.* Eique comitem adjungunt clausulam Precarii. Quod intelligendum est non de precario possessionis, quippe qui precario possessionem habet, sibi possidet, *l. & habet*, §. *cum qui*, *ff. de precario*, &

& propterea nequit uniri & conjungi cum constituto, ubi Constitutor alii possidet, sed accipiendum est de precario usus, in quo Rogator possidet ei, quem precario rogavit, *l. certe*, §. *his qui rogavit*, *ff. cit. tit.*

Verum si recte attendamus, nec precarium usus conjungi potest cum constituto; nam Constitutor usum non habet, sed tantum custodiam, veluti Procurator, ut ex nostro textu patet. Unde constitutum, quam precarium, favorabilibus est Creditori, in cujus gratiam stylus hic Tabellionum introductus est. Itaque quoniam clausulæ istæ simul stare non possunt, & una alteram excludit, ideo ex benignitate receptum est, ut solum constitutum intelligatur celebratum, Bartolus, Cumanus, Alexander, & alii apud Tiraquellum *de Jure constit. limit.* 23. Faber. 4. *de error.* 10. & in *Cod. hoc tit. def.* 7. Scilicet ea ratione quia quod ex errore fit, nihil Creditori nocet, *l. si librarius*, *ff. de reg. jur.* His positis, ad nostrum textum deveniamus.

Celsus *lib. XXIII. Digestorum*: *Quod meo nomine possideo, possum & alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere, & alium possessorem ministerio meo facio. Nec idem est possidere, & alieno nomine possidere; nam is possidet, cujus nomine possidetur. Procurator alienæ possessioni præstat ministerium.*

Dividitur textus in partes principales duas. In prima habetur regula, & est statim initio. In secunda, quæ incipit ibi, *Nec enim*, proponuntur dubia contra regulam, & resolvuntur. Ceterum secunda hæc pars subdividitur in tres alias, quot scilicet dubia sunt. I. Est in principio, *Nec enim*. II. Ibi, *Nec idem*. III. Ibi, *Procurator*.

Species ita se habet. Cajus fundum Tusculanum pro emptore possidens, Titio donavit; & cum fundi possessio in promtu tradi nequiret, Cajus constituit se eundem fundum pro Titio possidere, his verbis, *Tibi possideo*. Quæsitum est, utrum Cajus desierit possidere, & Titium possessorem fecerit? Tria enim sunt, quæ rem dubiam faciunt.

I. Quia Constituor adhuc corpore possessioni incumbens, videtur ipse sibi possessionis causam mutare, contra quam apud Veteres scriptum est, *l.* 3. §. *illud*, *ff. eodem*, *l. ad probationem*, *C. locati*.

II. Quia duo in solidum eandem rem possidere videntur, Cajus constitutor, & Titius constitutarius, quod natura & lege repugnat, *d. l.* 3. §. *ex contrario*, *l. si ut certo*, §. *si duobus*, *ff. commodati*.

III. Quia constitutor habetur tanquam procurator. Atqui procurator in possessione est, *l. generaliter*, *ff. eodem*. Ergo Constitutor sibi acquirit possessionem, & non Constitutario.

His tamen nihil motus est Celsus, qui respondet, eum qui suo nomine possidet, si constituat alteri possidere, utique ipsum desinere possidere, & alterum suo ministerio possessorem facere. Hi enim sunt duo termini constituti possessorii; prior, ut Constitutor desinat possidere: & quidem statim desinit possidere, quia possessio solo animo amitti potest, *d. l.* 3. §. *in amittenda*: posterior ex parte Constitutarii, ut ipse possessionem acquirat. Quod tamen verum est, si velit acquirere; ita ut si Constitutarius vel constitutum ignoret, vel ei contradicat, possessio dicitur vacans: nam ad amittendam possessionem respectu Constitutoris, satis est velle dimittere, etsi non transferatur; & ideo in nostra *l. quod meo*, §. *si furioso*, idem Celsus ait: *Illud enim ridiculum est dicere, quod non aliter vult quis dimittere, quam si transferat: imo vult dimittere, quia existimat se transferre*. Unde si Furioso rem tradas, ille non acquirit possessionem, tu desinis possidere, Faber *de error. dec.* 47. *err.* 5. *nu.* 7.

Nec in contrarium objecta quidquam urgent, quibus ipse Celsus respondet. Ad primum enim negat, Constitutorem sibi causam possessionis mutare; sed ait, ipsum desinere possidere. Quæ duo longe distant; nam regula vetus, quæ vetat, ne quis sibi causam possessionis mutare queat, intelligenda est, cum quis possessionem retinere vult, sed ex alia causa, quam ipse sibi affingit solus, puta ut possideat pro donato, quod possidet pro emtore; ut possideat suo nomine, quod possidet alieno, *l.* 5. *C. eod.* Hoc quidem illicitum est; sed alia causa est, ubi quis possessionem dimittit, & ex nova causa renanciscitur; quod non est mutare possessionem, sed desinere possidere civiliter, & deinde acquirere possessionem corporalem; quod licitum est, ut explicatur in *l. qui bona fide*, §. 1. *ff. eodem*.

Ad secundum & tertium negat. Constitutorem & Procuratorem possidere. Nam distinguendum est inter possidere & esse in possessione, nempe is possidet, cujus nomine possi-

possidetur, ut in nostro textu; Constitutor vero & Procurator, quia rem nostro nomine detinent, dicuntur esse in possessione. *d. l. generaliter:* quamvis verum sit, hos eosdem aliquando dici possidere corporaliter, aut naturaliter, ut supra explicatum est.

Ex hactenus dictis constat, constitutum fieri non posse, nisi, ab eo, qui possidet; cum per illud possessio sit alterum transferenda, & nihil amplius transferre possumus, nisi id, quod apud nos est, *l. nemo plus*, *ff. de reg. Juris*, *l. traditio*, *ff. de acqu. rer. dom.* Et habetur ex nostro textu, ibi *Possidet*, & ibi, *Desino possidere;* quippe privatio præsupponit habitum, *l. decem*, *ff. de verb. oblig.* Unde Tutor, Procurator, & similes, constitutum facere nequeunt, quia non possident. Imo qui non possidet, etiamsi consensu aut jussu Possessoris constitutum faciat, possessionem non transferet, post alios Corneus *conf.* 5 *lib.* 2. & *conf.* 183. *lib.* 3.

Objicitur tamen ex *l. interdum*, *ff. eodem*, ubi possessionem, quam non habemus, alii tradere possumus, qui textus difficilis visus est. Recte tamen solvitur, si ex doctrina Cujacii *ibidem* dicemus, id non intelligi absolute de possessione, sed respective ad qualitatem tituli, quod ex specie, quam subjecit Jurisconsultus, demonstratur. Ego enim fallo me heredem esse putans, pro herede possidebam; nam inter titulos possidendi unus est, qui dicitur pro herede; & cum nondum res usucapione mea facta esset, veritate comperta, & vero herede cognito, ab ipso eam rem precario rogo, ut in ejus possessione sim. In hac specie ego, qui precario rogo, desino possidere, *l. 6. in prin. ff. pro emtore*, & incipit verus heres ex precarii concessione eam rem possidere pro herede, nam in precario est traditio legalis, ut supra expositum est. Sic ego, qui vere post malam fidem non possidebam pro herede, facio alium verum possessorem pro herede. Ex quibus appatet, hic non agi de absoluta possessione, quæ utique est apud me, qui fallo pro herede possideo, ut constat ex eo, quod usucapere possum, ut in *d. l. interdum* habetur. Quocirca, cum ibidem dicitur, me non habere possessionem, id intelligendum est de possessione tali, idest pro herede, & talem possessionem, qualem ego non habeo, facto meo verus heres nanciscitur.

Ceterum, quamvis Tutor constitutum facere nequeat, cum rem Pupilli exempli gratia vendit; tamen si venditio solemniter facta proponatur, & utile Pupillo sit, possessionem intelligi translatam, ne scilicet Pupillus ex emto teneatur, contra Juris regulas ex æquitate receptum est in foro, constitutum valere, Faber in *Cod. hoc tit. def.* 17. Id ipsum est, si fiat a Prælato, & venditio in utilitatem Ecclesiæ tendat, Alex. *conf.* 81. *lib.* 3.

QUÆSTIO I.

De Constituto hypothecæ adjecto, & judicio Assistentiæ.

PLura hic in antecessum notanda sunt. I. Quoniam per pignus transfertur rei obligatæ possessio, quæ per hypothecam non transfertur, *l. cum & sortis*, §. 1. *ff. de pignor. act.* nimirum quia pignus re & traditione contrahitur, §. *creditor*, *Inst. quibus modis re contrah. oblig.* Hypotheca verò nuda conventione, *l. contrahitur*, *ff. de pignor.* Propterea Creditores, quo sibi cautum fieret, cœperunt sibi clausula Constituti consulere; ea enim hypothecæ adjecta, fit ut Creditor sicuti in pignore, ita in hypotheca, veram rei hypothecatæ possessionem nanciscatur, cujus custos tantummodo Debitor sit. Præterea cum Creditor pro ea re agit, non de recuperanda possessione, sed de retinenda agere videtur.

II. Pactum exequutivum oritur ex clausola, ut liceat Creditori propria auctoritate ingredi possessionem rerum sibi obligatarum; cujus vi si Creditor conventionis legem exercens possessionem hypothecatæ rei sua auctoritate occupet, non dicitur vim facere, quomodo diceretur, si id pactum non intercessisset, *l. pignoris*, *C. de pignor. act.* Civilius tamen faciet, si in eam rem Judicis auctoritatem interponat, *l. 3. C. de pignoribus;* ne scilicet majoris tumultus occasio detur, *l. non est singulis*, *ff. de reg. juris.* Ideo autem hoc pactum appellatur exequutivum, quia ejus potestate fit, ut contra solitam juris formam ab exequutione incipi possit, cum alioqui semper incipiendum sit ab actione, *l. 1. C. de execut. rei judic. l. extant*, *ff. quod metus causa*. Eo pacto cessante, si Creditor rem hypothecatam invadat, tenetur lege Julia de vi, *l. in possessionem*, *C. ad legem Juliam de vi*, renuente scilicet, & repugnante Debitore; nam alioqui si Creditor clam subtrahat pignus, non furati, sed pignori suo incumbere videtur. *l. cum Creditor ff. de furtis* Quæsitum tamen est, si res pignerata apud extraneum Possessorem sit, utrum Creditor eodem Jure

possit uti? Et negat Martinus, affirmat Accursius in *d.l.3.* quia verba illa pacti, *Ut liceat rem capere*, in rem concepta sunt, non in personam, argumento ex *l. si cum venderet*, *ff. de pignorat. act.* Confirmatur ex eo, quia pactum, ut liceat manus injicere servo, si Romæ, exempli gratia, sit, vel ancillæ si prostituatur, appositum venditioni, exerceri potest apud quemcumque possessorem servus vel ancilla fit, scilicet quia pactum in rem est, *l. Titius*, *ff. de servis exportandis*, *l.1.C. si mancipium ita venierit.*

Ceterum manus injectio nihil aliud est, quam facultas propria auctoritate capiendi, ut ibidem Duarenus monet. Hoc tamen alii tunc admittunt, cum pactum exequutivum conjunctum est clausulæ constituti, Bartolus in *l. Creditores num.* 25. *C. de pignoribus*, Baldus *l.* 1. *C. si mancipia ita fuer. alien.* & *cons.* 21. Vide de hac re disputantem Fabrum *dec.* 57. *err.* 8. & 9.

III. Creditor ex constituto jam factus possessor rei hypothecatæ, gaudet beneficio ex *l. ult. C. unde vi*, de quo supra actum est. Ejus autem maxima utilitas est: nam Creditori ex hypothecaria agenti contra tertium possessorem, duplex potissimum exceptio nocere solet; una non factæ excussionis, si modo tertius ille possessor titulum habeat, & bonam fidem, *auth. hoc si debitor*, *C. de pignoribus*; altera præscriptionis, si tertius ille possessor rem obligatam possederit æque cum titulo & bona fide per decennium inter præsentes, aut per vicennium inter absentes, *l.* 1. & 2. *C. si adversus Creditorem*. Utriusque exceptionis incommodum, Creditor cum constituto effugit, si pro hypothecaria eligat condictionem ex *d. l. ult.* agens non de possessione acquirenda, sed retinenda. Excussionis quidem, quia hæc exceptio tribuitur possessori contra non possidentem, quod non est in specie nostra, ubi Creditor se possidere dicit. Præscriptionis verò, quia conditio ex lege perpetua est, exemplo ceterarum actionum personalium, & in trigesimum usque annum extenditur, *l. hereditas*, *C. de petit. hæredit. l. sicut*, *C. de præ. crit.* 30, *annor.* Ita de communi Afflictus *decis.* 139. quamvis repugnet Faber *dec.* 57. *err.* 4. Cæterum beneficium *d. l. ult.* censetur imploratum ex clausula libello adjecta, *Isto*, & *omni meliori modo*, Thesaurus *dec.* 215. *num.* 6.

Ex his omnibus oritur in nostro Regno judicium, quod Assistentiæ dicitur, ideo quia Judex Creditori tantum assistit, qui alioqui propria auctoritate res sibi hypothecatas capere posset; sed ne inciviliter agat, Judicis assistentiam implorat. Et de hoc habetur in *pragm.* Ferdinandi I. quæ incipit, *Assistentiam* & *appretium*.

Pro quo judicio plura principalia notanda sunt. Primo, actori probandum esse, in instrumento prædictas Clausulas constituti & precarii, cum potestate capiendi, fuisse appositas, quod ex ipsa instrumenti productione patebit, vide de Merinis 7. *res.* 281. Probandum etiam, res nobis a debitore hypothecatas reperiri apud reum conventum, Afflictus *decis.* 383. Allegandum præterea, res fuisse in bonis & de bonis Debitoris tempore contractus initi; nam hypotheca in rebus alienis non consistit. Id dicitur de bonis nostris, quod a nobis possidetur: id vero esse de bonis, cujus nos dominium habemus, *l. rem in bonis*, *ff. de acquir. rerum dominio*, *l.* & *quæ nondum*, §. *quod dicitur*, *ff de pignoribus*, §. *ult. Instit. de vi bonor raptor.* Ceterum ideo dicitur *in bonis*, quia olim dominium bonitarium exigebatur: nec enim Quiritarium satis erat ad res pignori dandas, Faber *dec.* 63. *error.* 4.

Verum in ambiguo est, an dominium semper probandum sit, an potius allegasse sufficiat. Quod dubium in actione etiam hypothecaria seu serviana locum habet. Et distinguendum est; nam si adversus debitorem, qui res hypothecæ subjecit, ejusve heredem actio instituatur, dominium probare necesse non est; nam si Debitor dominii quæstionem moveret, doli replicatione exceptio eliderетur, *l. si inter*, §. 1. *ff. de pignoribus*. Quare satis erit dominium in libello allegasse ex Afflicto *dec.* 37. *n.* 5.

Quod si agatur adversus extraneum rerum oppigneratarum possessionem, hic aut habet causam a Debitore ipso, sive onerosam sive lucrativam, & eodem modo sufficiet allegari dominium, quamvis non probetur; nam si exciperet debitorem dominum non fuisse, fateretur simul suam turpitudinem, ut qui sciens prudens rem a non domino accepit, Afflictus *d. dec.* 383. *n.* 2. Si vero extraneus iste possessor non habuit causam a Debitore, sed ab alio, dominium Debitoris probandum est omnino, ex *l. ante omnia*, *ff. de probat.* ubi Actor non solum pignus probare debet, sed etiam rem pertinuisse ad Debitorem, idest, in bonis ejus fuisse, eo tempore, quo convenit de pignore, ut est communis opinio apud Gaitum *de credito cap.* 4. *qu.* 7. *n.* 688. & *seqq.* post Cynum

cum

cum Glossa in *l. usucapio*, *C. de pignoribus*, Rovitus in *de pragm. assentiam*. Vide Fabrum *dec.* 63. *ab err.* 1. *ad* 7.

Verum in nostris Tribunalibus, cum de judicio Assistentiæ agitur, receptum est, Actori aliud non incumbere onus, nisi probandi rem fuisse a Debitore possessam tempore contractus initi. Nam quamvis in simplici hypotheca, & actione serviana, cum agitur adversus extraneum, qui non habuit causam a Debitore, opus sit probare dominium, ex *d.l. ante omnia*; tamen negant, id exigi in Assistentia, in qua agitur tantummodo de retinenda possessione: & proinde satis est Debitoris possessionem docere. Et quamvis alterius damnum adesse videatur; id tamen reparabitur ex regressu, seu evictione, quæ ipsi reliqua est contra eum, a quo causam habuit.

Non acquiescit huic rationi Rovitus *loc. cit.* sed replicat, nullum hic esse locum remedio possessorio, quia interdictum Salvianum solum contra Debitorem competit, *l.* 1. *C. de precario*, *& Salviano*. Præterea remedium Justiniani in *l. ult. C. eod.* datur quidem contra tertium, sed quando ex culpa vel dolo Custodis possidet. Superest ergo, ut agatur tantum vi actionis hypothecariæ, seu Servianæ, quæ judicium petitorium constituit, & in quo dominii probatio exigitur, *d.l. ante omnia*. Quam rationem Rovitus irrefragabilem putat.

Responderi tamen potest, Assistentiam, quæ impartitur contra extraneum rerum possessorem, non oriri ex simplici hypotheca cum potestate capiendi sua auctoritate; sed ex Constituto, ut ex *d.l. ult. C. eodem*, ut supra est explicatum. Et quamvis remedium *d. l.* non impertiatur ex Justiniano, nisi quoties extraneus habet causam a Custode, qui desidia vel dolum possessionem perdidit; tamen ex Rege Ferdinando id videtur productum, etiam ubi extraneus a Debitore causam non hadet, ut ex *Pragmaticæ* tenore constat.

At fortasse melius dicetur, Interdictum Salvianum, si de utili sermo sit, dari etiam contra tertium possessorem, ex ipso Salvii Juliani responso in *l.* 1. *in princ. &* §. 1. *ff. de Salviano*, quamvis verum sit, Interdictum directum non dari, nisi contra Debitorem, ut Glossa intelligit textum in *d.l.* 1. *C. de precario*: Ita quoque Cujacius 5. *observ.* 24.

Secundo contra agentem Assistentiam, ut diximus opponi, non posse excussionem Debitoris, seu Rei principalis, sed ipsum possessorem statim ab initio recto conveniri, *d. Pragm.* 1. *de Assistentia*.

Verumtamen de Marinis 2. *res.* 62. docet, mortuo Debitore, qui sua bona sub prædictis clausulis obligavit, non posse a Creditore Assistentiæ judicium proponi contra extraneum, non discusso prius herede Debitoris. Nititur in eo, quod præcarium per rogantis mortis extinguitur, *l. cum precario*, *&* §. 1. *ff. de precario*. Id tamen melius probatur ex natura Constituti; quippe in Assistentia magis Constitutum, quam Precarium viget Constitutum autem finitus morte constituentis, tanquam morte Custodis, Menochius *de recup. rem.* 14. Tiraquellus in hoc *tract. ampliat.* 13. *& limit.* 21.

Tertio in judicio Assistentiæ peti, vel ut bona hypothecata vendantur sub hasta, vel ut facta estimatione nobis adjudicentur pro re debita, restituta hyperoche Reo convento, juxta tradita in *l. ult. C. de Jure domini impetrando*.

Inter utrumque illud interest, quod sententia si feratur in quantum ad adjudicationem, utique retardatur, cum de nullitate dicitur, non etiam si Reus appellet, *Pragm.* 2. *de appell.* modo Creditor cautionem præstet, se restituturum bona adjudicata, si sententia retractetur per Judicem appellationis, de Franchis *decis.* 136. Muscatell. in *praxi gloss. ult. num.* 115. Quamvis autem appellando executio non impediatur in quantum ad sortem, impeditur tamen in quantum ad id quod interest, scilicet, si in instrumento promissum non sit, Rovitus in *Pragm.* 2. *n.* 3. Quippe si id, quod interest, in instrumento promissum est, sententia neque etiam in quantum ad id retardatur. Censetur autem promissum per consuetas illas clausulas, *Ad pœnam dupli*, *&c. Pro quibus omnibus observandis*, *&c.* de Marinis 1. *resol.* 76. *num.* 6. *&* 8.

Quod si sententia feratur in quantum ad venditionem, per appellationem retardatur executio, eo quod *d. pragmatica* sermonem tantum habet de adjudicatione, de Franchis *dec.* 120.

Ceterum post adjudicationem non recipitur oblatio debiti a Debitore facta, quia hoc pignus judiciale est in causam judicati. Secus est in pignore conventionali, ubi facta adjudicatione permittitur Debitori luitio intra biennium, *l. ult.* §. *sin vero nemo*, *C. de Jur. dom. impetr.* Glossa in *l. ult. C. de execut. rei judic.* Ita Rovitus in *d. pragm.* 1. *de Assistentia*.

Quar-

Quarto tandem Assistentiæ beneficium spatio 30. annorum præscribitur, quoniam actio personalis est ex condictione legis, argumento ex *l.* 1. *C. de condict. ex lege*, & ita apud nos servatur, quamvis Curtius junior crediderit decennio præscribi, late Menochius *de recuper. rem.* 14.

QUÆSTIO II.

An constitutum re absente factum subsistat.

ETsi vulgo ab omnibus receptum sit, ad Assistentiæ judicium instituendum satis esse Constitutum in instrumento appositum, quamvis re absente factum, cum nunquam desideratum sit, ut Actor de rei præsentia doceret: Faber tamen contra omnes reniti non dubitavit, qui magno apparatu *dec.* 75. *err.* 1. *& seqq.* contrarium propugnavit, nempe nullam vim Constituti esse, nisi re præsente fiat, miraturque hanc veritatem ita tot seculis latuisse, ut nullum ipsa ante se auctorem aut assertorem invenerit.

Movetur Faber ex pluribus. I. Ratione ex natura Fictionis; nam commune est omnibus fictionibus, ut ita demum induci debeant, si veritas locum haberi possit qnia fictio imitatur naturam: quomodo in adoptione receptum est, quod non est nisi liberorum, nempe quia secundum naturam non est, ut quis sibi procreet fratres, vel parentes; item eorum, qui minores natu sint, ne filius videatur grandior, quam pater sit, §. *minorem*, *Instit. de adopt.* Ita si quis in judicio interrogatus, respondeat filium suum esse, ita se obligat, si ætas ejus pateretur, ut filius ipsius esse possit: quia falsæ confessiones natalibus convenire debent, ut ait Paulus in *l. confessionibus*, *ff. de interrogat. action.* Concordat textus in *l. filios*, *ff. de lib. & posth.* & *l. ult. C. de sent. passis*. Unde vulgo dicitur, fictionem exigere extrema habilia, & cadere in iis, quæ possibilia natura sunt. Atqui per naturam impossibile est, ut vere possessio sine rei præsentia transferatur, quippe transfertur per traditionem, que nihil aliud est, quam de manu in manum translatio. Ergo neque etiam ficte per Constitutum potest rei possessio transferri, nisi ipsa res præsens sit; aliter major fictionis potestas esset in casu ficto, quam veritatis in casu vero, quod est absurdum.

II. Per inductionem a similibus, quia in aliis fictæ traditionis speciebus rei præsentia tanquam omnino necessaria exigitur, ut constat ex traditione clavium, rei demonstratione, appositione custodis, consignatione, & similibus, de quibus diximus supra. Et ratio est, quia possessio non nisi animo & corpore acquiri potest *l. quemadmodum*, *ff. eodem*. Igitur eodem modo, & eadem de causa, præsentia rei, omnino necessaria est, ut per Constitutum possessio, quæ penes me est, in te transferatur.

III. Jure ex *l. ejus rei* 46. *cum sequ. ff. de reivind.* ubi cum actione in rem petiissem a te servum, tanquam a possessore, ob contumaciam juravi in litem, & damnatus es tantum mihi dare, quanti servus a me jurejurando æstimatus est. Quæsitum est apud Paulum, cujusnam modo servi dominium sit, Rei an Actoris? Et respondet distinguendo: aut servus præsens est, & statim Reo seu Possessori servi dominium acquiritur, quasi Actor transegisset de lite, contentus Juri suo cedere. Aut absens servus est, & remanet dominium apud Actorem, quod non adipiscetur Reus, nisi novam possessionem nactus sit ex voluntate Actoris, qui propterea cavere debet, *Quod per se non fiat*, *possessionem ejus rei non traditum iri:* Ergo ut rei dominium in alium sine præsentia rei nequit transferri, ita nec possessio. Neque enim recipienda est Accursii interpretatio, qui rem præsentem accipit non pro ea, quæ sit in oculis & conspectu Contrahentium, sed quæ sit in potestate Rei, quod latini sermonis ratio non admittit, ut notat Cujacius 4. *obs.* 3.

Nec rursus recipienda est ipsius Cujacii expositio, qui speciem textus concipit in eo, qui dolo desiit possidere; nam ita res præsens, & in conspectu esse non potest, ut Faber monet *err.* 4.

Non est tamen recedendum a communi recepta opinione, quæ docet, si quis alieno nomine constituat se possidere rem, quam suo nomine possidet, licet eo tempore præsens res non sit, statim tamen eo constituto possessionem in Constitutarium transferri, Doctores cum Tiraquello *de jure constit. possess. par.* 2. *ampl.* 3.

Constat id ex *l. quædam mulier.* 77. *ff. de reivind.* Species est: quædam mulier alteri per epistolam fundum donavit, & eundem fundum ab eo conduxit. Quæsitum est ab Ulpiano, an dominium fundi Donatario quæsitum sit, ut eum vindicare possit. Ratio dubitan-

bitandi erat, quia temporibus Ulpiani donatio non nudo consensu fiebat, sed aut stipulatione, aut traditione, *l. Papinianus*, *ff. de donat. int. vir. & uxor.* aut etiam mancipatione, quæ deinde sublata est in *l. ult. C. de donat.* Cum ergo in ea epistola nihil ex his intervenerit, dubitari de validitate donationis, & proinde de translatione dominii poterat. Respondet tamen Ulpianus in prima parte textus, acquisitum esse dominium Donatario, ea nempe ratione, quia Mulier a Donatario eundem fundum conduxerat; quæ conductio inducit speciem traditionis fictæ legalis, quia nemo fundum suum conducit; ut eam quoque inducit exceptio ususfructus, quia nemo in re sua usumfructum habet, *l. quisquis rem*, *C. de donat.* Quocirca Mulier donando fundum per epistolam, & eundem a Donatario conducendo, videtur ejusdem dominium in Donatarium transtulisse. Facta est ergo donatio per traditionem, licet fictam, & proinde Donatario non est neganda reivindicatio. Et hic est sensus verborum Ulpiani, ibi; *Potest defendi, in rem ei competere actionem, quasi per ipsam* (*Mulierem*) *acquisiverit possessionem, veluti per colonum*. Hic nullam fundi præsentiam exigit Ulpianus, ut Mulier, quæ suo nomine possidebat, constituatur alieno nomine possidere: quare ea præsentia necessaria non est.

Dissimulat hoc argumentum, quod firmissimum est, Faber *err.* 10. & ut videatur aliquid reponere, confugit ad posteriorem textus partem, in qua Ulpianus habet: *Proponebatur, quod etiam in eo agro, qui donabatur, fuisset, cum epistola ei mitteretur, quæ res sufficiebat ad traditam possessionem, licet conductio non intervenisset;* quæ verba docent, donationem factam præsente fundo, id est, ipsa Muliere in fundo manente, ut explicat Faber: vel potius Donatario, ut alii magis communiter post Accursium. Sed non vidit Faber, Ulpianum in eo textu duplici uti argumento ad probandam dominii translationem in Donatarium, quæ argumenta disjunctive concepta sunt, non conjunctive, ut constat ex illis verbis: *Licet conductio non intervenerit*. In priori argumento nihil pensi habet Ulpianus fundi præsentiam, sed solum nititur in eo, quod Mulier donavit fundum, simulque conduxit: in posteriori tantum confugit ad fundi præsentiam, & ait hanc satis fuisse ad translationem dominii, licet conductio non intervenisset. Igitur alterutrum satis est, vel conductio sine fundi præsentia, vel præsentia fundi sine conductione, ut facile consideranti patet.

Nec suprapofita Fabri argumenta quidquam remorantur. Nam quod attinet ad primum, tametsi concedamus, fictionem semper imitari naturam, semperque extrema habilia exigere, tamen nihil est necesse extrema hæc esse secundum veritatem, cum sufficiat, si ficte a lege præstruantur ad effectum consequendum. Exemplis res clara fiet; nam potest quis filium adoptare, licet uxorem non habeat, *l. & qui uxores*, *ff. de adopt.* quod Accursius in §. *licet*, *Instit. cit. tit.* contra naturam esse dixit, scilicet, quia non attendit, legem antecedenter figere, adoptantem uxore non carere, ex qua matre is filius natus censeatur. Eodem modo qui filium non habet, alium in nepotem adoptare potest, *d.* §. *licet*, & *l. adoptare*, *ff. cit. tit.* quia Jus operativum filium fingit, ex quo is nepos natus sit. His ita positis, facile est intelligere, quod Fabro respondendum sit; nam cum ait fictam traditionem, quæ est in Constituto, non posse locum habere sine rei præsentia, dicimus id quidem verum esse, sed non requiri, ut rei præsentia vera sit, sicuti nec in adoptione filii requiritur, ut vera adsit uxor, nec in adoptione nepotis, ut verus adsit filius; satis enim est ficta a lege uxor, fictus a lege filius. Quare in specie nostra satis quoque erit ficta a lege rei præsentia, quæ ut natura in necessariis non deficit, & omnia ea præsupponit, quæ ad effectum consequendum exiguntur. Itaque non major est fictionis, quam veritatis potestas, sed æqualis.

Nec majorem vim habet alterum Fabri argumentum ex inductione similium; fatemur enim a lege aliquando in fictis traditionibus veram rei præsentiam exigi; at negamus id semper verum esse: nam, ut loquamur tantum de traditione legali, in quo genere est Constitutum, utique satisdatio, quæ præstatur ab eo, cui novum opus nunciatum est, rei præsentiam non exigit, *l. si alius fecerit*, §. *ait Julianus*, *ff. quod vi aut clam*: ita nec exceptio ususfructus donationi, doti, aut venditioni adjecta, *l. quisquis rem*, *C. de donat.* ita nec precarium, aut conductio, *l. si aliquam*, *ff. eod.* Et de Jure Canonico Corona memorialis rem præsentem non requirebat, da qua supra fuit dictum. Unde Fabri argumen-

mentum ruit; nam inductio, nisi ex singulis fiat, non concludit. Itaque iterum dicimus, in traditionibus fictis satis esse fictam rei præsentiam ex potestate legis, nec veram nisi in specialibus quibusdam casibus exigi: & hoc abunde esse, ut possessio corpore & animo dicatur quæsita.

Ultimum Fabri argumentum difficilius videtur, quod fit ex *l. ejus rei, cum sequ. ff de reivind.* Nam statim initio in difficili est speciem ejus legis concipere, quam nemo hactenus assequutus est. Vulgo Doctores, & Faber *err. 4.* de Possessore, qui a Domino conventus, cum succubuisset, noluit parere, & rem restituere; quare ob contumaciam Rei, Actor juravit in litem, & damnatus est Reus tanti solvere, quanti juratum fuit. Quam interpretationem recte Cujacius 4. *obs.* 3. rejicit ex Ulpiano in *l. qui restituere, ff. de reivind. Qui restituere*, inquit, *jussus Judici non paret, contendens non posse restituere, siquidem habet rem, manu militari, officio Judicis ab eo possessio transfertur: si vero non potest restituere, quia dolo fecit, quo minus possit, quasi Adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum juraverit, damnandus est*. Quocirca Cujacius ipse speciem ponit non in possessore, sed in eo, qui dolo desiit possidere, atque adeo tanti fuit damnatus, quanti Actor in litem juraverat. Hæc interpretatio non fine ratione displicet Fabro, quia aperte repugnat ipsi Paulo in *d. l. ejus rei*, ibi: *Dominium statim ad Possessorem pertinet*. Quidquid igitur dicas, semper alterutrum fiet; aut enim speciem ponis in Possessore, & repugnabis Ulpiano, qui a Possessore contumace rem extorqueri a Judice manu militari ait, non etiam contra eum jusjurandum in litem dari: aut ponis in eo, qui dolo desiit possidere, & repugnabis Paulo, qui Reum conventum rei possessorem facit.

Ut ergo has tricas evadamus, alia omnino via ineunda est, quam aperit Justinianus in §. 1. *Instit. de offic. Jud.* ubi docet, jusjurandum in litem aliquando dari etiam contra Possessorem, si scilicet neget Possessor in præsenti se restituere posse, & sine frustratione temporis dilationem ad restituendum petat: eo casu, ait Imperator, indulgendum ei esse, cum eo tamen, ut de litis æstimatione caveat cum fidejussore, si intra tempus, quod ei datum est, non restituerit. Hic Reus utique possessor est, nec tamen ei manu militari res, quam restituere jussus est, a Judice extorquetur; quia non ob contumaciam negat restituere, sed ob justam causam tempus ad restituendum petit, veluti quia tempore, quo jussus est, res longe abest. Tamen si intra tempus ei a Judice concessum non restituit, datur in eum jusjurandum in litem; nempe quia indilatione obtinenda, de litis æstimatione caverat, licet adhuc ipse rem possideret, nec eam dolo desierit possidere. Ita ergo ponenda est species textus in *d. l. ejus rei, cum sequ.* Quærit modo Paulus, cujus fit post jusjurandum in litem rei petitæ dominium; Et ait, dominium intelligi translatum in Reum, si res præsens sit. Colligit inde Faber: Ergo idem in possessione dicendum, eam non intelligi translatam, nisi ficta traditio re præsenti fiat.

Sed non vidit Faber, inter dominium & possessionem longe disparem esse rationem, nec recte hic ab eo, quod dicitur de dominio, argumentum posse duci ad causam possessionis; quamvis enim verum fit, ad translationem dominii veram rei præsentiam exigi, non tamen id ipsum est ad translationem possessionis. Ratio disparitatis est, quia ad amittendum dominium non est satis voluntas, nec res definit esse mea, quam dixi me nolle esse meam, nec quam pepigi ne esset mea, sed tua: quippe præter voluntatem facto opus est, *l. si quis vi*, §. *differentia, ff. eodem*, & diximus supra in § *nihil commune, par.* 1. Cum ergo in specie Pauli nullum intercedat Actoris factum, propterea non est satis æstimatio litis a Judice decreta, ut dominium dicatur ab Actore translatum in Reum: quare est necessaria rei præsentia, ut ita aliquid factum saltem negativum intercessisse dicatur; id est, ut Actor rem præsentem videat, nec petat, & permittat Reum eam sibi habere. Non ita hæc se habent in possessione, quæ solo animo, sine ullo facto, potest amitti, *d.* §. *differentia*. Quare nil mirum, si in possessione per fictionis modum transferenda, vera rei præsentia non exigitur.

QUÆSTIO III.

An Constitutum in bonis futuris subsistat.

Communis sententia post Jacobum Butrigarium docet, eum qui omnia sua bona præsentia & futura constituit se alieno nomine possidere, possessurumque, statim quidem præsentium possessionem in alium transfere-

re,

re, futurorum vero tunc, cum quæsita erunt. Sequitur Bartolus in *l. ult. C. quæ res pignori*, & *cons.* 76. Et in Sacro Consilio decisum est, Creditori, cui Debitor omnia sua bona etiam futura hypothecavit, cum clausula Constituti, & potestate capiendi, concedendam esse assistentiam in bonis etiam, quæ Debitor post constitutum celebratum acquisivit, ut refert Afflictus *dec.* 57. & 335.

Probant id ex pluribus. I. Quia hypotheca in bonis quoque, quæ Debitor est subsequenti tempore quæsiturus, recte celebratur, etsi Debitor expresse de futuris mentionem non habeat, sed simpliciter dicat, se res suas supponere, *l. ult. C. quæ res pignori*. Ergo eodem modo in rebus futuris Constitutum recte potest iniri, cum nulla disparitatis ratio adsit.

II. Ex Pomponio in *l. quamvis*, *ff. de precario*, ubi quamvis ancilla precario rogata sit, tamen & id, quod ex ea natum est, in eadem causa habetur. Et quod ad præsentem rem attinet, nihil a Precario Constitutum distat.

Renititur tamen huic opinioni post alios Baldus in *cap. cum venisset*, *de restit. spoliat.* & Faber *dec.* 4. *err.* 8. Sed aliis atque aliis rationibus utuntur.

Quippe Baldus utitur textu in *l.* 1. & 2 *ff. pro socio*, ubi inita omnium bonorum societate, quamvis hæc ad futura etiam se extendat, tamen ficta traditio, qua bona communicantur, non intelligitur intervenisse, nisi in bonis præsentibus, ut patet ex illis verbis: *Omnes res, quæ coeuntium sunt, continuo communicantur. Sunt*, inquit, non etiam quæ futuræ sunt. In rebus itaque præsentibus Constitutum fit; quia Socius ea, quæ suo nomine possidet, ex tacito constituto, communi nomine incipit possidere: unde inter ipsos communicatur possessio, & per consequens dominium, ut Accursius notat. Nihil autem hic interest, utrum constitutum tacitum communionis gratia hic fit, ex potestate legis, an expressum causa abdicationis ex facto Contrahentis. Quocirca sicut illud in bona futura locum non habet, ita neque istud. Quod autem bona futura inter Socios non communicentur, patet clarius ex *l. si quis societatem*, *ff. cit. tit.* ubi Socius rem, quam emit, suam facit, non communem, judicio tamen societatis eam communicare cogitur.

Aliam viam ingressus est Faber, qui hujus disputationis rationem investigare conatus est. Quoniam enim ea Constituti vis ac potestas est, ut statim possessionem a Constituente transferat in Constitutarium; ideo si in rebus futuris locum posset habere, utique consequens esset, ut quo instanti quis rei possessionem nanciscitur, eodem in alium transferret, sine ulla temporis intercapedine. Quod natura repugnat, cum eodem instanti possessio mea & non mea esse non possit, seu eodem momento acquiri & amitti; quia acquisitio & amissio possessionis res facti sunt, & certum inter se ordinem habent, nec simul per rerum naturam esse possunt. Quæ repugnantia in Constituto rerum præsentium non est, nam transfero in alium possessionem, quam jam antea habebam.

Nec contraria obstant; nam quod ad primum attinet, longe dispar est ratio inter hypothecam & constitutum. Nam dominium, & pignoris obligatio res Juris sunt, plurimumque in ipsis Juris potestas valet. Et Jus in eodem instanti utrumqne commode operatur. Non ita est in acquirenda & transferenda possessione, quæ tota ex facto est: quæ autem facti sunt, & certum inter se ordinem habent, temporis momento expediri non possunt. Natura enim, quæ in rebus facti valet, nisi in tempore non agit.

Ad alterum argumentum, negamus ancillæ partum intelligi precario concessum, ut recte ibi Accursius ait: neque hæc Pomponius habet, solum dicit, partum in causa precarii esse. Quod non est novum in Jure nostro; nam si servum tibi commodem, utique vestis, qua vestitus est, non intelligitur tibi commodata, sed tantum in causa commodati cadit, id est, hujus quoque custodia ad te pertinet: quare furti actionem etiam pro veste habebis, *l. eum qui emit*, §. *non solum*, *ff. de furtis*, ubi idipsum esse dicitur in ancilla, & in eo, quod ex ipsa natum est. Ideo autem partus in causa precarii aut commodati cadet, quia accessorium est ad ancillam, ut vestis est accessorium ad servum. Quorum nihil est in specie nostra, ubi res omnes principales sunt tam præsentes, quam futuræ, nec istæ illis accedunt.

Instabis ex *l. qui absenti*, § 1. *ff. eodem*, ubi a Juliano comparatur possessio & proprietas in hoc, quod utraque sub conditione tradi potest, dicendo, cedo fundum, & do possessionem fundi; si meus fundus erit; existente enim conditione, fundus aut possessio accipientis fiunt. Atqui Constitutum de rebus fu-

turis eodem modo videtur interpretandum, tanquam si constituam me nomine tuo possidere, si res meæ erunt.

Hæc difficultas in speciem difficilis est, nec ab ea Faber se extricare potuit. Longe tamen unus casus ab altero abit. Sermonem quippe Julianus habet, cum trado tibi fundum alienum, & possessionem cedo, si fundus meus erit; tunc enim existente conditione, ideo possessio fit tua, quia plura & contraria facta non concurrunt in eodem instanti; sicut enim lex hoc casu, cum conditio existit, utitur traditione antecedenter facta, ita quoque ea possessione utitur, quæ tempore traditionis in cedente erat, quæque in accipientem transiit: quia licet fuerit naturalis, solo tamen animo transit in civilem, accedente scilicet animo Domini. Itaque facta antecedunt conditionem, qua existente solum Jus operatur. Non ita se res habet in specie nostra; nam quo tempore constitutum inibant Contrahentes, nulla possessio penes Constituentem erat, nulla traditio neque vera, neque ficta intercessit. Omnia ergo facta respiciuntur in tempus tacitæ conditionis, quæ in Constituto inest, nempe si res meæ fient. Quare in eodem momento possessio facto acquiretur, & amitretur, quod natura repugnat.

QUÆSTIO ULTIMA.

Quibus modis Constitutum, & Precarium finitur.

HOc pluribus modis accidit: de omnibus videamus. Ita primo est Solutio; quod tamen in Constituto falsum est. Ponamus enim Constitutum adjectum hypothecæ, ut cautius sit Creditori, soluta pecunia a Debitore, evanescit quidem hypotheca, cum solutio sit inter modos liberandi pignora; *l. 1. in princ. ff. quibus modis pignus vel hypotheca solvitur*; at remanet Constitutum, quia obligatio non est, sed facto constat, & nonnisi traditione ficta vel vera in alium transfertur, id est, in Debitorem, qui solvit: sicuti enim possessio pignoris, quæ vera traditione translata est in Creditorem, solutione non cessat, nisi restituto pignore, *l. Debitor*, §. *ult. ff. de pignor. act.* ita nec possessio hypothecatæ rei, quæ per fictam traditionem Constituti est penes Creditorem; non enim solutio est inter modos fictæ traditionis. Opus est igitur novo Constituto.

Si de precario hypothecæ adjecto sermo sit, verum est ex *l. si Debitor*, *ff. de precario*, ubi si Debitor rem pigneratam precario rogavit, soluta pecunia precarium solvitur. Ratio hujus singularitatis est, quia Interdictum de precario naturali & summa æquitate nititur; *l. 2. l. & habet 15. ff. cit. tit.* Quæ æquitas Juris rigorem, sive subtilem Juris rationem, refugit, & non patitur, ut precarium hypothecæ adjectum in gratiam Creditoris, perduret, ubi quis per solutionem sibi factam Creditor esse desiit: quare resoluta hypotheca, statutum est precarium resolvi.

Obstare tamen videtur, *l si rem alienam ff. de pigneratitia actione*, ubi resoluto pignore, precarium manet; nam si rem alienam bona fide emeris, & mihi pignori dederis, & precario rogaveris, deinde me Dominus heredem instituerit, desinet pignus esse, & sola precarii rogatio supererit. Sed dicimus, hic æquitatis rationem cessare; quia pignus resolvitur, non quia Creditori, in cujus gratiam & pignus & precarium factum est, pecunia a Debitore soluta sit, sed quia ex institutione factus sit pignoris Dominus: pignus enim in re sua non consistit, *l. neque pignus*, *ff. de regulis juris*, *l. si rem alienam*, *ff. de pigneratitia actione*. Quocirca, cum cadat a Jure pignoris per institutionem, non per solutionem, æquum non est, ut Jure etiam precarii privetur, ex quo Debitor non sibi, sed Creditori possidere intelligitur.

Secundo tempore; siquidem Precarium & Constitutum tempore circumscriptum sit. Etsi Doctores post Bartolum in *l. in commodato*, §. *sicut autem*, *ff. commodati*, credant in eo maxime differre Precarium a commodato, quod commodatum fiat ad certum usum, & ad certum tempus, precarium vero nec ad certum usum, nec ad certum tempus; hæc tamen sententia aperte refellitur ex *l. 4.* § *fin. l. 5. & 6. in princ. l. quæsitum*, §. *pen. ff. de precario*, in quibus omnibus scriptum est, precarium aliquando ad certum tempus constitui. Illud verum est, quod notat Faber *dec. 77. err. 2. ad finem*, non impediri precarii revocationem hujusmodi adjectione temporis, quia non in favorem accipientis, sed in gratiam solius concedentis adjectum intelligitur, uti explicandus est textus in *l. cum precario 12. ff. cit. tit.* quamvis Faber *err. 3.* a Triboniano corruptum putet; nimirum ut eo saltem tempore finiatur ipso Jure precarium, ita

ita ut nulla sit opus revocatione, quæ alioqui esset omnino necessaria: utque rogator prævideat futurum, ut elapso eo tempore nova indigeat concessione ad redintegrandum precarium, si non ante præteritum tempus fuerit revocatum, *d. l.* 4. §. *ult.* & *l.* 5. *ff. cit. tit.* In commodato aliud Juris est; nam tempus ei adjicitur commodatarii præsertim causa, ne interim urgeri & inquietari possit.

Ceterum hæc temporis adjectio in Constituto videtur eodem modo æstimanda, ac in Commodato; ita tamen ut tempore præfinito adveniente cogi debeat Constitutarius ad cedendam Constituenti per novum Constitutum possessionem, Faber in *Cod. hoc tit. def.* 25. & 32 Thes. *dec.* 215. *num.* 8.

Tertio morte. Precarium quippe licet transeat ad heredem ejus, qui precario concessit, extinguitur tamen morte Rogatoris, & ad heredem ipsius non transit, quia ipsi duntaxat, non etiam heredi ipsius concessa possessio est, ut ait Celsus in *d. l. cum precario* 12. §. 1. *ff. de precario*. Itaque heres Rogatoris, si rem detinere pergat, non tenetur interdicto de precario, quod jam expiravit, *l. cum heres*, *ff. de div. & tempor. præscr.* At quia clam videtur possidere; convenietur interdicto Quod vi, aut clam, Paulus 5. *sent. tit. de precario*. Vel certe actione rei vindicationis, quam habet perpetuam is, qui concessit, adversus Rogantis heredem; mala enim fides Defuncti, qui sciebat rem esse alienam, transit in heredem, etiam ignorantem vitium Defuncti: qui heres propterea nunquam usucapere rem potest, quantacunque longa temporis possessione, id est, nec etiam si a se ipso usucapionem inchoare velit, ut ratiocinatur Papinianus in *d. l. cum heres*.

Contradicit tamen Ulpianus in *l. quæsitum* §. *ult. ff. de precario*, illis verbis: *Hoc interdicto ejus heres, qui precario rogavit, tenetur, quemadmodum ipse*. Ita & contradicit Diocletianus in *l.* 2. *C. de precario*, ubi habitantis precario heredes interdicto de precario tenentur.

Omissis solutionibus Accursii & Cujacii ad Papinianum in *d. l. cum heres*, placet quod a Fabro traditum est *dec.* 76. *err.* 9. nempe tunc heredem Rogantis teneri de precario, quoties precariam Defuncti possessionem retinet sciente tacite eo, qui concesserat; quo casu durat precarium, non quasi a Defuncto transierit in heredem, cum defuncto, non heredi concessa possessio sit, *d. l.* 12. §. 1. sed quasi ex novo & tacito precario, argumento ex *l.* 4. §. *ult. ff. de precario*, ubi Dominus, cum patitur eum, qui precario ad tempus rogavit, post tempus possidere, videtur rursus precario concedere.

Ita quoque Constitutum finitur per mortem Constituentis, quia Constituens custos est, & custodiæ munus morte finitur, ut est communis opinio apud Menochium *de recup. rem.* 14. & Tiraquellum in hoc *tract. ampliat.* 13. & *limit.* 21. Ex quibus comprobatur opinio de Marinis 2. *res.* 62. cum docet, judicium Assistentiæ non recte proponi contra tertium possessorem, non discusso prius herede debitoris jam defuncti; nempe quia non modo Precarium morte Rogantis, sed & Constitutum morte Constituentis finitur.

Quarto Præscriptione. Et docent Doctores, Constitutarium, si per longum tempus, id est, decennii inter præsentes, & vicennii inter absentes, negligat suo corpore possessionem ingredi, amittere possessionem civilem, quam animo retinebat; per negligentiam enim tanti temporis videtur destitui animo possidendi. Præscribit ergo eam Constitutor, Tiraquellus *limit.* 24. Faber in *Cod.* hoc *tit. def.* 10. 22. 27. & 32.

Hæc tamen recipi minime possunt. Nam neque Constitutor ipse unquam potest ob malam fidem præscribere, neque heres ipsius, in quem vitium Defuncti transit, nec etiam si a se usucapionem & præscriptionem inchoare velit, ex aperto Papiniani textu in *d. l. cum heres*, *ff. de div. & tempor. præscr.* Itaque solum præscribere singularis Constitutoris successor poterit, si a se temporis computationem ordiri velit, *l. an vitium*, *ff. cit. tit.* Et hactenus de his. Nunc illud superest, ut D. O. M. oremus, quo sua cœlesti gratia Nobis assistat, & tandem in æternæ gloriæ possessionem inducat.

Ad l. si is, qui pro emtore XV. ff. de usurpat. & usucap. libro XLI. Pandectarum, tit. III.

IN gratiam eorum, qui pro Republica pugnantes, capi ab hostibus, quam turpiter fugere, maluerunt, duo inducta sunt, Jus postliminii, & Fictio legis Corneliæ, quibus captivo, tam si in fines suos reduxisset, quam

si apud hostes decessisset, commodissime consulitur in rebus vel per se, vel per servum possessis. Nam utroque casu ex Juris rigore, quia per captivitatem servi efficiuntur, omni suo Jure censeri deberent privati, *l. itinere*, §. *fin. ff. de verb. sign.* qui rigor ob summam æquitatem emollitus est. Itaque si captivus ad suos redeat, omnia perinde Jura ei restituuntur, ac si semper in civitate mansisset, *l. postliminium*, *l. retro*, *ff. de captivis*, §. *si ab hostibus*, *Instit. Quibus modis Jus patr. potest. solv.* Idque dicitur Postliminium, de quo late Salmasius ad *Jus Atticum & Romanum c. 26. & seqq.* Quod si captivus apud hostes decedat, fingitur mortuus eodem momento, quo caperetur, ex lege Cornelia, quæ de captivis dicitur ab Antonio Augustino; quasi nunquam captivus in hostium potestatem pervenisset, *l. lex Cornelia*, *ff. de testam. l. lex Cornelia*, *ff. de vulg. & pupill.* Vide Corasium 7. *miscell.* 16.

Ceterum postliminium de Jure gentium est, utpote quod inter Romanos, ac liberos omnes populos, regesque, moribus ac legibus est constitutum, ut ait Paulus in *d. l. postliminium*. Secus est de lege Cornelia, quæ ab antiquissimo Jure civili descendit; & Marius Salomonius in *l. Gallus*, §. *quod si is*, *ff. de lib. & posth.* a Scipionum aliquo, qui ex gente Cornelia erant, primo bello Punico fuisse latam putat, cum quindecim Romanorum millia una cum Imperatore Attilio Regulo in Pœnorum potestatem venerunt, quorum multi apud hostes mortui sunt. Quocirca fit verisimile, istorum honori & testamentis hac lege succursum fuisse, ut quasi in acie cecidissent, sic fingerentur mortui. Id ipsum docuit Viglius in §. *ult. Instit. quibus non est permissum facere testamentum*, & Corasius *loc. cit.*

Multa tamen occurrunt tam circa postliminium, quam circa legem Corneliam, difficultates; quarum ea præcipua est, quæ versatur circa possessionem, cujus vigore usucapio perficitur: & de hac difficultate egit Julius Paulus *lib. XV. ad Plautium*, relatus in *d. l. si is, qui pro emtore*, quam nos in præsens explicandam suscipimus, non quidem totam, sed eam tantum partem, quæ difficillima est, nempe initium, & §. *quod si servus*, quibus duabus partibus explicatis, cum Bartolo & Doctoribus hic, de Fictionibus agemus, quæ res in Jure nostro multis tricis involuta est, & subtilem materiam Doctores vocant, ut Aquilinus hic *num.* 108. *vers. ex quibus*.

Verba Pauli statim initio legis hæc sunt: *Si is, qui pro emtore possidebat, ante usucapionem ab hostibus captus sit, videndum est, an heredi ejus procedat usucapio: nam interrumpitur usucapio. Et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi ejus proderit? Sed verum est, cum in vita sua desiisse possidere: ideoque nec postliminium ei prodest, ut videatur usucepisse.*

Itaque Paulus post propositam speciem tria docet: I. per captivitatem interrumpi possessionem rerum, quas captus per se possidebat, hoc est corpore & animo suo. II. Ipso apud hostes functo, heredi ejus fictionem legis Corneliæ nihil prodesse. III. Eidem ad suos reverso non prodesse postliminium. Ex quibus illud tantum, quod de lege Cornelia dicitur, principale est, cetera per occasionem dicta sunt. Species ita se habet. Quidam rem alienam mobilem pro emto bona fide jam per sex menses possidebat. Accidit, ut antequam usucapionem compleret, caperetur ab hostibus. Docet Paulus, usucapionem esse interruptam, quia per captivitatem desiit possidere, *l. in bello*, §. *facti*, *ff. de captivis*. Deinde eodem post semiannum apud hostes decedente, proprior agnatus hereditatem adiit, qui ex lege Cornelia fingitur hereditatem acquisivisse, non ex die mortis, sed ex quo defunctus captus est, quasi tunc decessisset, *l. in omnibus*, *ff. de captivis*. Cum ergo jam translactus sit annus, quem lex civilis XII. tabularum ad usucapionem rei mobilis exigebat (hodie est triennium ex Justiniano in *l un. C de usucap. transfor.* & *Instit. de usucap. in princ.*) quæsitum est, an heres iste dici debeat usucepisse. Et Paulus negat argumento producto a comparatis, & in specie a majore ad minus; ait enim, si captus iste reverisset ad suos fines, utique ex Jure postliminii ei non prodesset usucapio, *l. cum heredes*, §. 1. *ff. de acquir. possess.* Ergo multo minus, eo apud hostes mortuo, heredi ejus usucapio prodesse debet.

Hæc Paulus, qui licet loquatur nominatim de eo, qui pro emtore usucapiebat id tamen exempli solum causa fecit: nam dubitandum non est, quin hæc eodem locum habeant in qua-

quacunque alia usucapionis specie; octo enim sunt, pro emto, pro soluto, pro herede, pro donato, pro derelicto, pro legato, pro dote, pro suo. Quibus nonnulli adnumerant titulos pro transacto, & pro socio. Vide textum in *l. cum ex causa*, *C. pro transacto*. Itaque recte Tryphoninus generatim de quacunque usucapione loquitur in *d. l. in bello*, §. *facti*, de quo textu latius infra.

Sed jam sigillatim nostrum textum explicemus. Prima pars est. Usucapio ejus, qui per se usucapiebat, & deinde captus ab hostibus est, interrumpitur. Ratio est, quia in vita sua desiit possidere, hoc est, cum captus est. Quæritur tamen hic, cur per captivitatem possessio interrumpatur ejus, qui per se, seu corpore & animo suo possidebat? Ratio petenda est ex Javoleno in *l. cum heredes*, §. 1. *ff. de acquir. possess.* ubi in eo, qui in potestate hostium est, duo distinguit, Jura, & Corporalem possessionem. In quantum ad Jura ait, eum Jure singulari, sive ex privato, Jura retinere; & quoniam inter Jura dominium recenletur, inde fit, ut captus ab hostibus dominium rerum suarum retineat. Concordat textus in *l. illa institutio*, §. 1. *ff. de hered. instit.* & in *l. pen. ff. de suis & legit.* Quod ideo ex Jure singulari esse dicitur, quia captus ab hostibus, servus hostium fit, *l. hostes*, *ff. de captivis*. Et quia servus est, dominii capax esse non potest, *l. acquiritur*, *ff. de acquir. rer. dom.* Quod attinet ad possessionem, docet eum corporaliter (ut legitur in Pandectis Florentinis) possessionem amittere, quia videri non potest aliquid possidere, cum ipse ab alio possideatur; eo modo, quo absurdum est, filiumfamilias aliquem in potestate habere, cum ipse sub patris potestate sit. Unde si captus ab hostibus ad suos fines redit, pristina Jura retinet ex postliminio; at nova possessione indiget, ut idem Javolenus ait.

Ex quo textu duo videntur posse colligi. Nam primo, ex eo quod Jurisconsultus dicit, captivum corporaliter possessionem amittere, videtur posse concludi, eundem animo possessionem retinere; nam vera possessio facto & animo consistit, *l. 1. §. Scævola*, *ff. si quis test. liber.* Certum est autem, possessionem solo animo retineri posse, *l. licet*, *C. de acquir. possess.* Idque confirmatur ex eo, quod animus non est Facti, sed Juris, ut patet ex eo, quod quæ possessio in *d. §. Scævola* dicitur esse facti & animi, eadem in *l. possessio quoque*, §. 1. *ff. de acqu. poss.* dicitur Corporis & Juris; ut proinde factum hic idem sit, quod corpus, animus idem, quod jus. Constat autem, captum ab hostibus Jura retinere, *d. l. cum heredes* §. 1.

His tamen non obstantibus, dicendum est, captum ab hostibus simul cum corporali possessione etiam animum amittere, ut manifeste patet ex eo, quoniam qui animo retinet possessionem, quam corpore & animo acquisivit, vere possidet & in consequentiam usucapionem perficit, *l. 3. §. in amittenda*, *l. quamvis saltus*, *l. peregre*, *ff. de acquir. poss.* Ideo autem captivum animum amittere putat Jason hic, quia iste corporalem possessionem sibi ereptam cum videat, de omnibus desperans, possidendi etiam animum abjicit. Quæ tamen ratio satis tuta non est, quia capto semper subest spes redeundi, quæ spes miseros fere semper comitatur, & cum vita discedit: unde perbelle Hesiodus spem ultimam malorum in imo vase Pandoræ resedisse fingit.

Verius itaque est, quem solo animo tunc possessionem retinere, eum etiam corpore, si velit, possidere posse, *l. peregre in fine cum 2. ll. seqq.* Nam qui saltus hyberni vel æstivi possessionem solo animo retinebat, ubi scit ab alio occupatos, statim possessionem amittit; nempe quia corpore amplius possidere nequit. Sed captivus corpore, nec etiam si maxime velit, possidere potest: quare nec animo possidebit. Quocirca cum Javolenus ait captivum corporaliter possessionem amittere, non inde deducitur animo eam retinere, sed potius nec animo possidere; nempe quia ita amittit, ut eam corpore retinere, nec etiam si velit, possit. Et hoc est corporaliter possessionem amittere.

Deinde videtur deduci, per captivitatem amitti ea, quæ facti sunt, nam corporalis possessio amittitur, quæ facti est. Quæ deductio falsa est; nam si habitatio legetur, morte quidem legatarii intercidit, at non captivitate: cujus rei ratio redditur a Modestino in *l. legatum*, *ff. de capite minutis*, his verbis: *Videlicet, quia tale legatum in facto potius, quam in jure consistit.* Nempe hoc est discrimen inter legatum usus ædium, & habitationis, quod illud in Jure consistit, & capitis diminutione perit, istud vero in facto, & non nisi vita finitur: ceterum effectu utrumque pœne idem est, *l. si habitatio*, *ff. de usu & habitat.* Unde patet ea, quæ sunt facti, per captivitatem non amitti;

ti; quocirca Jabolenus pro reddenda ratione, cur capti possessio corporalis interrumpatur, non eo confugit, quia ea possessio facti est, sed alio, nempe quia possidere non potest, qui ab alio possidetur.

Quæri hic solet, si captus postquam in præsidia hostium fuit, statim evasit, an possessio interrupta censenda sit? Et Aquilius hic *num.* 29. affirmat, & quidem recte, ex eo quia ubi semel ab alio possessus fuit, utique possessionem retinere non potuit. Ergo possessio interrupta est: & proinde ei reverso nova possessione opus est.

In contraria tamen sententia sunt quicunque docent, momentaneam possessionem seu acquisitionem in Jure nostro nullius esse momenti, hoc est, nihil operari, post alios Olea *de cession. quæst.* 3. *art.* 45. Moventur ex *l. qui sic solvit, ff. de solut.* & ex *l. si pro patre, ff. de rem verso.*

Quæ opinio licet vulgo a Doctoribus recepta, absurda tamen est; neque ex citatis Juribus aliud elicitur, nisi actum, qui nullum effectum producit, pro nullo haberi; nec interesse, utrum actus ille diu duret, an momento evanescat. Nam in *d. l. qui sic solvit*, debitor exempli gratia ex mutuo, æs alienum solvit sub ea conditione, ut illud iterum reciperet, non liberatur, hoc est, prior mutui contractus non dissolvitur; prorsus ut cum debitor eandem pecuniæ summam iterum a creditore accepit, remaneat obligatus ex illo priori contractu, neque novus dicatur celebratus. Hoc ideo, quia actus ille solutionis nullum effectum producit, cum pecunia ad solventem redeat. Neque ibi ulla momentaneæ possessionis, sive acquisitionis, mentio fit; sed generatim sermo habetur de eo, qui sic solvit, ut recipiat; nec additur, utrum statim velit recipere, an multo post tempore. Itaque secus esset, si ea solutio aliquem effectum produceret, veluti si pecunia ad extraneum perveniret jussu solventis; tunc enim extincto mutui contractu, oriretur mandatum, & mandati actio, ut recte notat Baldus in *l.* 1. *C. de sponsalibus*.

Idem omnino habetur ex *d. l. si pro patre*, §. *versum*, ubi versum ita demum intelligitur, si duret versum; non enim distinguitur, utrum versum duret momento, an diu. Sed ut versum non dicatur, satis est, si tandem aliquando, priusquam de in rem verso actio proponatur, versum evanescat, nec ex eo aliquem pater effectum sentiat.

Altera pars nostræ legis est, fictionem legis Corneliæ nihil prodesse heredi ejus, qui ante completam usucapionem captus, apud hostes defunctus est. Id tamen non levem difficultatem habet, quia hereditas jacens perficit usucapionem cœptam a defuncto, & quidem perficit etiam ante aditam hereditatem, si tempus ad usucapionem præfinitum ante aditionem compleatur, *l. cœptam, ff. eod. l.* 6. §. *ult. ff. pro emtore*. Et ratio est, quia possessio testatoris dicitur heredi procedere, si hereditas medio tempore a nullo possessa est, *l. possessio testatoris, ff. eod.* Sed captus, qui apud hostes moritur, ex lege Cornelia videtur decessisse, ex quo captus est, captivitatis memoria deleta, *l. in omnibus, ff. de captivis*: quare medio tempore ejus hereditas a nullo possessa, & veluti jacens, censeri debet, *l.* 1. §. *lex Falcidia, l. filiusfamilias, ff. ad legem Falcidiam, l. in bello*, §. 1. *ff. de captivis*. Ergo recte perficiet usucapionem a defuncto cœptam. Hac ratione convicti Cujacius hic, Faber in *Jurisprudentia Papin. tit.* 11. *princ.* 8. *illat.* 28. Valentia hic *cap.* 11. *num.* 10. post Hugonem relatum ab Accursio in *l. in bello* §. *facti, ff. de captivis*, docere non dubitarunt, fictionem legis Corneliæ heredibus captivi usucapionem conservare.

Verum huic sententiæ refragatur expresse Paulus hic in illis verbis: *Et si ipsi reverso non prodest, quemadmodum heredi ejus proderit?* Quæ docent, heredibus captivi fictionem legis Corneliæ ad usucapionem nihil prodesse. Propterea alio confugiendum est, & dicimus, quæ in hereditate jacente statuta sunt, ea in lege Cornelia locum non habere; nam Jure singulari receptum est, ut a possessione cœpta usucapio, etiam sine possessione, jacente nimirum hereditate, perficiatur, Cujacius *lib.* 23. *qq. Papin.* in *l. justo*, §. *nondum ff. de acquir. possess.* Fab. in *rational. ad l. miles, ff. ex quib. caus. major.* Hoc autem Jus singulare in eo nititur, quod usucapio in gratiam Reipublicæ a Jure civili introducta est, hoc est XII. tabularum, tum ne rerum dominia in incerto essent, *Instit. de usucap. in princ. cap. vigilanti*, ubi Glossa, *de præscript.* Tum etiam, ut aliquis sit litium finis, *l. fin. ff. pro suo*, quidquid distinguat Accursius in *l. ult. C. de edicto D. Hadr.* & Gratianus ad *cap. placuit* 16. *qu.* 3.

Etsi autem legis Corneliæ fictio in favorem pariter Reipublicæ recepta sit, ut diximus,

mus, non propterea tamen censeri unquam potuit, bona captivi apud hostes decedentis usucapionem perficere posse. Nempe quia non unam, sed plures consequenter fictiones introducere necesse fuisset; id est, primo defunctum apud hostes fingi mortuum momento ipso captivitatis. Secundo, bona ipsius, durante captivitatis tempore, haberi pro hereditate jacente. Tertio, hereditatem jacentem usucapionem perficere: quod verius privilegium est. Hæc multiplicitas fictionum, a qua lex abhorret, ut infra dicemus, impedimento fuit, ne fictio legis Corneliæ prodesset heredi ejus, qui ante completam usucapionem captus est ab hostibus, apud quos decessit.

Hæc igitur est intrinseca hujus propositionis ratio, quamvis in nostro textu a Paulo expressa non sit, qui eam probare fuit contentus argumento ducto a Jure postliminii, & Tryphoninus ex regula, quod facti causæ infectæ nulla lege fieri possunt, *d. l. in bello*, §. *facti*.

Unde patet, legem Corneliam unum tantummodo fingere, captum ab hostibus censeri mortuum eo momento, quo capiebatur; cujus fictionis præcipuus effectus est, ut testamentum ante captivitatem conditum non dicatur per capitis diminutionem irritum, *l. lex Cornelia*, *ff. de vulgari*: ita enim Testator videtur mortuus in libertate; sicut enim quis, dum moritur, vivus est, *l. qui duos*, §. 1. *ff. de manum. testam.* ita dum quis capitur, liber est. Nam falluntur Doctores, dum fingi mortuum docent præambula hora captivitatis, scilicet, ut dici possit mortuus liber; & non animadvertunt, civem Romanum, dum capitur, liberum esse, & liberum fieri servum, ut viventes morimur. Propterea Ulpianus in *d. l. in omnibus*, *ff. de captivis*, ait: *Is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est*, Joannes Faber in §. *ult. Instit. quib. non est permiss. fac. test.* Salomonius in *l. Gallus*, § *quod si is*, *ff de lib. & posth.* Aquilinus hic *n.* 89. Sunt & alii effectus, de quibus in *l. bona*, & passim in *ff. de captivis*.

Quod si dum quis parum abest ab usucapione complenda, puta decem dies, capiatur ab hostibus, volunt ex æquitate rem pro usucapta haberi. Ita communiter Doctores hic ex Glossa in *l.* 1. § *qui autem*, *ff. de vi & vi armata*, & Bartolo post Dynum in *l. qui fundum*, §. *qui bona fide*, *ff. pro emtore*. Et moventur ex *l. rerum mixtura*, §. *Labeo*, *ff. eodem*, ubi Jason, & Alexander idem tradunt.

Placet tamen contraria Cumani opinio in *d.* §. *Labeo*, quem sequitur Aquilinus hic *num.* 88. tum quia generatim statutum est, in usucapione postremum diem attendi, qui inceptus habetur pro completo, *l. in usucapionibus cum sequ. ff. eod.* tum etiam quia iniquissimum est auferre Domino, quod usus non abstulit, ut dicitur in *l. nec utilem*, *ff. ex quib. caus. majores*. *Usus* pro *Usucapio* positus est. Horatius 2. *epist.* 2.

Quædam, si credis Consultis, mancipat usus.

Huic etiam nostræ opinioni favet textus in *d.* §. *Labeo*, tantum abest ut ei contrarius sit. Ejus verba sunt: *Labeo* (alii legunt, Jabolenus) *in libris Epistolarum ait: Si is, cui ad tegularum, vel columnarum, usucapionem decem dies superessent, in ædificium eas conjecisset, nihilominus eum usucapturum, si ædificium possedisset*. Ex quo Jason & Alexander ita argumentantur. Qui universas ædes possidet, singulas res, quæ in ædificio sunt, possidere non videtur, *l. qui universas*, *ff. de acquir. poss.* & tamen usucepisse dicitur, si decem dies ad complendam usucapionem superfint. Quare usucapio, quæ parum abest a fine, pro completa habetur.

Sed pro resolutione notandum est, a Labeone non dici possessorem tegularum & columnarum intelligi usucepisse, si decem dies superfint, sed usucapturum, si ædificium possedisset. Et hoc ideo, quia licet qui domum possidet, singulas columnas, aut tegulas, non possideat, quæ est ratio dubitandi; negari tamen non potest, quin generatim saltem eas res possideat, quæ est ratio decidendi, ut colligitur ex *l. nave*, ibi, *singula*, *ff. de evictione*. ubi nave vel domo emta, singula cæmenta vel tabulæ emta non intelliguntur. Quocirca qui possidet ædes, tanquam si columnas & tegulas adhuc possideat, eas usucapiet.

Tertia & ultima pars nostræ legis est, possessionem postliminio non restitui, sed eum, qui redit, nova possessione indigere. Quocirca qui ante captivitatem equum biennio possedit, nihil id ei prodest ad usucapionem triennalem, nam per captivitatem usurpata seu interrupta possessio fuit: nec interim captivitate manente possessio processit. Itaque cum revertitur, ex integro equum possidere debet

per

per totam triennium, ut usucapiat, *l. cum heredes*, §. 1. *ff. de acq. poss.*

Ceterum in reddenda ratione, cur possessio postliminio non restituatur, admodum se torquent Doct.res apud Alciatum hic. Nos præcipuas recensebimus.

Prima est Bartoli, nempe quia possessio plurimum facti habet: causa vero facti non continetur postliminio. Quæ ratio totidem iisdem verbis expressa habetur apud Papinianum in *l. denique*, *ff. ex quib. caus. major.* qui inde etiam probat, usucapionem captivitate interruptam postliminio non restitui; ut propterea mirum sit, hanc rationem nimis dubiam dici ab Aquilino *n.* 30.

Secunda est Angeli, quia postliminio restituentur res, quæ extant, non etiam quæ prorsus extinctæ sunt; aliter enim non vetus res restituta, sed nova data censeretur; possessio autem captivitate omnino extinguitur: quocirca postliminio restitui non potest; nam quod in perpetuum sublatum est, restitui non potest, *l. qui res*, §. *aream*, *ff. de solution.* Unde postliminium dicitur Jus amissæ rei recuperandæ, non etiam rei extinctæ, *l. postliminium in princ. ff. de captivis.* Ab hac ratione non abludit ea, quam tradunt Homodeus, Bosutius, & Portius, apud Jasonem hic *num.* 94.

Neque obstat quod cum aliis objicit Aquilinus *num.* 33. nempe quia ususfructus captivitate amissus postliminio restituitur, *l. si ager* 26. *ff. quib. mod. ususfr. amitt.* nec tamen ususfructus idem est, sed diversus ab eo, qui amissus fuit, *l. stipulatio ista*, §. *si quis ita*, *ff. de verb. oblig.* Præterea libertas captivitate extinguitur, *l. manumissiones*, *ff. de just. & jure*, quæ tamen postliminio restituitur, §. *si ab hostibus*, *Instit. quib. mod. jus patr. potest. solv.*

Non obstant, inquam; quia Jure postliminii ususfructus, libertas, & cetera Jura, non extinguuntur, ut extinguuntur quæ in facto consistunt, sed in suspenso manent, *l. illa institutio*, §. 1. *ff. de hered. instit. l. pen. ff. de suis & legit. l. in bello*, §. *codicilli*, *in fine*, *ff. de captivis.* Ita ergo in *l. bona* §. *quod si filius*, *ff. de captivis*, & in *d.* §. *si ab hostibus*, dicitur, pendere Jus liberorum ob Jus postliminii; nam reverso patre, existimantur nunquam suæ potestatis fuisse: mortuo patre, tunc patresfamilias fuisse, cum pater eorum in hostium potestatem perveniret. Sic ergo libertas ejus, qui captus est, in suspenso dicitur esse, quia postliminium fingit eum, qui captus est, in civitate semper fuisse, *d.* §. *si ab hostibus*. Ita quoque de ususfructu discurrendum esse, patet ex eo, quia si per captivitatem extingueretur, utique consolidaretur cum proprietate, & proinde reverso restitui non posset, contra textum in *d. l. si ager* 26. Nam quod nostrum est, sine facto nostro a nobis auferri non potest, *l. quod nostrum*, *ff. de reg. Juris.* Cum vero in § *finitur*, *Instit. de usufr.* dicitur, usumfructum captivitate finiri, id ita intelligendum est, si captivus apud hostes moriatur; nam si redeat, ex postliminio non finitur, sed in suspenso fuisse censetur.

Eodem modo explicandus est textus in *l. & Attilicinus*, *ff. de servit. rustic. præd* ubi si fons exaruerit, ex quo ductum aquæ habeo, isque post constitutum tempus ad suas venas redierit, aquæductus amissus restituitur: nempe interim Jus aquæductus in suspenso fuisse; nam si fuisset extinctum, reviviscere non potuisset, *d. l. qui res*, §. *aream*. E contrario, quia remissione pignoris extinguitur hypotheca, ideo licet res iterum debitoris fiat, non propterea pignus reviviscit, *l. ult. C. de remiss. pign.*

Tertia est Aquilini, qui ait, si possessio captivitate amissa postliminio restitueretur, consequens fieri, ut qui possessus fuit non censeretur possessus; quod nec esse, nec fingi potest; nam facti causæ infectæ nulla constitutione fieri possunt, *d. l. in bello*, §. *facti*, *ff. de captivis.*

Ex his intelligere licet, tres esse postliminii effectus. I. Ut Jura in suspenso sint, & non abrumpantur, ut abrumpuntur ea, quæ in facto consistunt, *d. l. illa institutio*, §. 1. II. Ut reverso Jura ea restituantur, *d. l. postliminium*. III. *Quia postliminium fingit eum, qui captus est, in civitate semper fuisse*, ut sunt verba Justiniani in *d. l. si ab hostibus*.

Unde aperte rejicitur sententia Aquilini hic a *nu.* 55. qui putat, omnes & antiquos & recentiores errasse, cum postliminium fingere docent. Neque moveor, cum ait, hanc fictionem nihil operari, cum ad postliminium sit satis Jura in suspenso esse, & restitui. Scilicet non vidit, fictionem necessariam esse ad ea, quæ tempore captivitatis in civitate accidunt; nam nisi fingerentur captivi interim in civitate fuisse, utique quæcunque servi captivorum vel stipulantur vel accipiunt, acquiri Dominis non intelligerentur, contra textum in *l. bona*, *ff. de captivis.* Ita quoque avus postlimi-

liminio reversus non haberet patriam potestatem in nepotem; qui interim natus est ex filio concepto ante captivitatem, sed post nato, contra textum in *l. si quis prægnante*, *ff. cit. tit.* ubi propterea dicitur avum omnia Jura nepotis nomine perinde capere, ac si is, cum filius nasceretur, in civitate fuisset. Stet ergo, quod dicitur Jura in suspenso esse, & restitui, pertinere ad Jura, quæ in libertate captus habebat: at quæ in captivitate accidunt, tribui captivo, quia ex postliminio fingitur semper civem Romanum fuisse; quamvis secus sit de rebus, quæ ipse captus in servitute fecit; non enim valet testamentum apud hostes conditum, quamvis captus redierit, *l. ejus qui*, *in princ. ff. de testam.* His recte perpensis, corruunt omnia, quæ in contrarium Aquilinus molitur, quæ ob nimiam subtilitatem sponte dissiliunt.

Ex hactenus disputatis satis inclarescit intellectus nostræ legis, *in princ.* ubi sermo est de eo, qui ubi per se, hoc est, corpore & animo suo, usucapionem cœpit, ab hostibus captus est. Cui proximum est, ut quæramus.

QUÆSTIO UNICA.

An usucapio cœpta per Servum abrumpatur, Domino ab hostibus capto.

POne, Stichus servus Titii equum a non Domino bona fide emit, eumque sesquianno possedit. Tum Titius in manus hostium incidit: dubitatur, an Domino in captivitate manente, si Stichus altero sesquianno equum possidere pergat, dicatur equum usucepisse, an potius per captivitatem Domini statim usucapio interrupta sit.

Et duos hic casus Doctores distinguunt. Prior est, cum Servus administrando peculium sibi a Domino concessum, equum ex causa seu nomine peculiari emit. Et communis opinio est, usucapionem non abrumpi, Bartolus, Jason, Imola, Alciatus, & alii hic. Quod probatur, I. ex eo, quia res, quas Servus peculiariter comparat, videtur Dominus etiam ignorans eas & animo & corpore Servi possidere, *l. 3. §. saltus*, *ff. de acqu. poss.* ut in titulo antecedenti disputatum est. Imo Servus Domino ignorante possidendo usucapit, *l. Labeo*, *ff. eodem*; ejusque Servi bona vel mala fides attenditur, *l. 2. § Celsus*, *§. Pomponius*, *ff. pro emtore*. Est ergo in Servo ea possessio, quæ ad usucapionem exigitur, animo scilicet & corpore: proinde nihil ei ad complendam usucapionem obstare potest captivitas Domini.

II. Quia si Servus ex causa peculiari possidere incipit, cum apud hostes Dominus est, nihilominus usucapionem inchoat, & inchoatam perficit; nec enim, inquit Papinianus, impedimento Domini captivitas est, cujus scientia non esset in civitate necessaria, *l. justo*, *§. fin. ff. eodem*. Ergo multo magis perficiet usucapionem inchoatam, cum Dominus in civitate erat, licet deinde apud hostes sit. Nam cum tempore captivitatis Servus inchoat usucapionem, id etiam attenta potestate refertur ad id tempus, quo Dominus in civitate erat, nempe cum in traditione peculii animum dedisse intelligitur, ex *l. 1. §. item acquirimus*, *ff. de acquir. possess.*

Obstat tamen Paulus in *d. l. Labeo*, *ff. eodem*, ubi de causa peculiari sermonem habens, ait: *Sed eum, qui suo nomine nihil usucapere potest, nec per Servum quidem posse*, *Pedius scribit*. Sed Dominus captus ab hostibus nec perficere nec inchoare usucapionem potest suo nomine. Ergo neque etiam poterit per Servum.

Respondendum videtur ex doctrina Accursii ibidem, qui docet, prædictam Pædii regulam non semper veram esse, ut patet ex eo, quod ex causa peculiari Servus acquirit possessionem, & usucapit, etiam Domino infanti, & furioso, *l. si Servus*, *ff. eodem*, juncto textu in *d. l. 1. §. item acquirimus*. Et tamen constat, infantem & furiosum, per se usucapere & possidere non posse, cum animo careant. Ita quoque ex citatis Juribus dicendum est in specie nostra.

Ex dictis Aretinus, Jason, Alciatus, & alii colligunt, animum facti magis esse, quam Juris; nempe quia Servus, qui capax Juris non est, *l. quod attinet*, *l. servitutem*, *ff. de reg. juris*, est tamen capax animi, *d. l. 3. §. saltus*, *cum concordantibus*. Hæc tamen collectio tunc vera esset, si Servus animum haberet ex persona sua; quod quidem non est, habet enim ex persona Domini, qui eum concessisse intelligitur, cum ei peculium habere permisit, ut explicatum est: sicuti ex eo, quod Servus capax sit stipulandi, non inde sequitur, stipulationem esse Facti, & non Juris; nempe quia Servus Jus stipulandi habet, non ex sua, sed ex Domini persona, *tit. de stipulat. Servor. initio*.

Posterior casus est, cum Servus non ex causa peculiari, sed ex causa, & nomine Domini, quidpiam comparavit, & antequam caperet usu, Dominus captus est. Et major difficultas est, an ex captivitate Domini interrumpatur usucapio, an non. Quippe Bartolus, quem sequitur Aquilinus hic ex *num.* 97. ait, usucapionem interrumpi, nempe quia possessio abrumpitur. Jam enim supra in *tit. antecedenti* demonstratum est, ex causa non peculiari Servum possidere corpore quidem suo, sed animo Domini; adeo ut Domino ignoranti Servus non acquirat, *l.* 1. §. *item acquirimus*, *l.* 3. §. *saltus*, *l. peregre*, §. *quasitum*, *ff. de acquir. possess.* Sed cum Dominus captus est ab hostibus, animum amittit, cum ob servitutem non sit amplius capax eorum, quæ Juris sunt, *l. quod attinet*, *l. servitutem*, *ff. de reg. juris*. Ergo interrumpitur possessio; quippe possessio corpore & animo quæsita, solo animo retinetur, at non solo corpore, *l. si id quod possidere*, *l. quamvis saltus*, *ff. de acq. poss.* Unde interrupta possessione abrumpitur etiam usucapio.

At e contrario Jacobus de Arena, Andreas de Pisis, Jason, & Alciatus hic, docent usucapionem non interrumpi. Quæ sententia probatur ex apertissimis Tryphonini verbis in *d. l. in bello*, §. *facti*, ubi hæc habet: *Eorum vero, quæ (captus ab hostibus) per subjectas Juri suo personas possidebat, usuque capiebat, Julianus scribit, credi* (ita legendum ex Pandectis Florentinis, non, heredi) *suo eo tempore impleri usucapionem, remanentibus eisdem personis in possessione.* Et deinde addit, hanc Juliani sententiam esse sequendam, quamvis ei Marcellus contradixerit. Quæ verba tam de causa peculiari, quam non peculiari, intelligenda sunt; tum quia generatim loquuntur; tum etiam quia Tryphoninus deinde in alio casu, cum de peculiari sermonem habere vellet, in specie expressit, dicens: *Vel si qua postea peculiari nomine comprehenduntur*: de quibus infra.

Et ratio est ex Jasone, quia cum de amittenda possessione quæritur, multum interest, utrum per nosmetipsos, an per alios possideamus, *d. l. peregre*, §. *fin. cum* 2. *seqq. ff. de acq. poss.* quandoquidem, ut ibidem dicitur, si corpore & animo nostro possidemus, tunc solo animo, vel corpore & animo possessionem amittimus: sed si solo animo possidemus, corpore nec nostro nec alieno, possessio amittitur, ubi scimus rem ab alio occupatam: tandem quando Servi vel Coloni corpore possidemus, ejus non aliter amittimus possessionem, quam si eam alius ingressus sit, licet nobis ignorantibus. Ergo in hoc postremo casu (qui & noster est) semper retinetur possessio, & in consequens perficitur usucapio, donec Servus vel Colonus expulsus sit. Quare licet Dominus captus ab hostibus sit, quia tamen Servus expulsus non est, perget possidere, & usucapere. Proinde Tryphoninus cum Juliano dicebat: *Remanentibus iisdem personis in possessione*, hoc est, impletur usucapio, non expulso Servo, vel etiam Colono.

Ex quo textu recte idem Jason colligit, in his, quæ corpore alieno possidemus, licet Domini animus deficiat, vel interrumpatur, possessionem tamen durare, remanente in possessione eo, cujus corpore possidemus. Unde Jacobus de Arena, & Andreas de Pisis, æquiparant in hoc casu animum, qui exigitur ad possessionem, & bonam fidem, quæ requiritur ad usucapionem; sicut enim de Jure civile bona fides satis est, ut initio usucapionis interfuerit, *l. un.* §. *hoc tamen*, *Cod. de usuc. transform.* ita cum alieno corpore possidemus, satis est, si Domini animus initio possessionis intervenit, quod ipse Bartolus approbat. Hæc nullo modo intellexit Aquilinus hic *num* 98. Credebat, hic a prædictis Doctoribus dici, usucapionem posse perfici sine bona fide, & sine possessione, quod ipsi ne somniarunt quidem.

Hinc apparet, quid Adversariorum argumento respondendum sit. Concedimus enim, Domino ab hostibus capto animum desinere. At cum concludunt, ergo desinit possessio, distinguimus: nam desinit quidem possessio, si Dominus corpore & animo suo possidebat, ut in casu nostri textus, quem ab initio proposuimus: at non desinit possessio, si animo quidem suo, sed alieno corpore possidebat; durat enim, donec Servus vel Colonus expulsus sit, *d. l. in bello*, §. *facti*, *d. l. peregre*, §. *fin. cum* 2. *ll. seqq.* ut est in casu præsentis quæstionis.

Apparet etiam, per captivitatem interrumpi possessionem & usucapionem saltuum hybernorum & æstivorum, quos solo animo quis possidebat; nam animum, quo solo retinebat possessionem, amisit. Nec opus est, ut alius possessionem ingrediatur, & id nos sciamus, juxta textum in *l. quamvis*, *ff. de acqu. poss.* quia hoc tunc exigitur solum, cum domini animus adest.

Ad

Ad §. quod si Servus.

VErba Pauli sunt: *Quod si Servus ejus, qui in hostium potestate est, emerit, in pendenti esse usucapionem, Julianus ait. Nam si Dominus reversus fuerit, intelligi usucaptum: si ibi decesserit, dubitari an per legem Corneliam ad successores ejus pertineat. Marcellus, posse plenius fictionem legis Corneliæ accipi. Quemadmodum enim postliminio reversus plus juris habere potest in iis, quæ servi emerunt, quam in iis, quæ per se, vel per servum possidebat, cum ad hostes pervenit? Nam hereditates in quibusdam vice personæ fungi, receptum est: ideoque in successoribus locum non habere usucapionem.*

Plurima hic difficultas versatur, tum primo ob contrarias Juliani, & Marcelli sententias; tum etiam ob verborum obscuritatem, qua utraque sententia expressa est; tum etiam quia Juliani sententia non satis ex fide relata videtur; tum tandem quia Paulus in Marcelli sententiam, quam ultimo loco refert, residere videtur: cum e diverso Tryphoninus Juliani sententiam sequendam esse doceat. Unde factum est, ut Doctores in varias & contrarias expositiones, & partes, concesserint; & quidam etiam textum emendare conati sint. Dabimus nos tamen operam, ut quam facillime veritas pateat, quam alii obumbrarunt. Cardines autem totius nostræ disputationis erunt tres Pandectarum loci. Primus est præsens Pauli textus. Secundus est textus Tryphonini in *l. in bello*, §. *facti*, *ff de captivis*. Tertius est textus ipsius Juliani in *l. bona*, §. *qui peculiari*, *ff. tit. tit.*

Primo ergo Paulus speciem his verbis proponit: *Si Servus ejus, qui in hostium potestate est, emerit*. Et quærit, an usucapio locum habeat. Quæstionem Aquilinus *num.* 107. esse docet de re non peculiari, sed dominica, præsertim quia nulla hic peculii mentio fit, quare de re dominica in dubio Paulus intelligendus est. E contrario Accursius, Bartolus, cæterique communiter, quæstionem de re peculiari capiunt, & ita certe capit Tryphoninus in *d* §. *facti*, ubi eandem omnino rem tractans, ait: *Si qua postea peculiari nomine comprehendantur*. Quid plura? Id expresse patet ex ipsis Juliani verbis in *d*. §. *qui peculiari*, quæ verba infra recitabimus. Species ergo ita concipienda est. Titius captus ab hostibus Servum in Civitate reliquit cum peculio. Durante Domini captivitate, interim Servus peculium administrare pergens, rem nomine peculiari emit a non Domino, quem Dominum esse credebat. Quæritur, an statim ipse Servus usucapionem incipiat.

Et sane quæstio inter Jurisconsultos de re non peculiari nulla esse poterat. Est enim clarissimum, rem ita emtam, Domino capto, non posse a Servo usucapi; propterea quod in re non peculiari pro possessione attenditur animus Domini, *l.* 1. §. *item acquirimus*, *l.* 3. §. *saltus*, *l. peregre*, §. *quæsitum*, *ff. de acqu. possess.* sicut pro usucapione attenditur bona fides Domini, *l.* 2. §. *Pomponius*, *ff. pro emtore*. Sed cum Servus, Domino capto, rem emit, deest animus Domini, deest etiam ipsius bona fides, ut qui nullius Juris capax est, *l. quod attinet*, *l. servitutem*, *ff. de reg. juris*. Constat ergo, Servum rem ita emtam nec possidere, nec usucapere posse.

Secundo, quia in causa non peculiari Domino ignoranti possessio non acquiritur, *d. l. peregre*, §. *quæsitum*; quare nec usucapio. Constat autem captivum ignorare ea, quæ per Servum olim suum in Civitate geruntur.

Notandum tamen, nos loqui de Servo, qui Domino apud hostes manente, rem ex causa non peculiari emat; hic enim Servus nec possidet, nec usucapit, nec Domino reverso prodest postliminium, nec eo mortuo apud hostes, heredi ejus prodest fictio legis Corneliæ, ut etiam apertissimè decidit Papinianus in *l. justo*, §. *fin. ff. eodem*, ubi addit, aliud esse in filiofamilias, qui emit patre apud hostes captivo; nam etsi interim ipse non possideat, nec usucapiat, nec patri reverso Jus postliminii prosit; tamen si pater ibi decesserit, quia ex lege Cornelia tempora captivitatis & mortis junguntur, ait Papinianus posse dici, filium & possedisse sibi, & usucepisse.

Stet ergo, quæstionem hic a Paulo propositam intelligi omnino debere de Servo, qui Domino apud hostes manente, ex causa peculiari rem emit ab eo, quem falso rei Dominum esse credebat, ut ex comparatione cum textibus Tryphonini & Juliani patet. Ubi notandum, Jurisconsultos aliquando de acquisitione per Servos loquutos, omittere mentionem peculii, quam ex aliis locis, & Juris ratione, subintelligendam relinquunt, ut est in *l. si Servo*, *ff. eodem*, & in *l. si me in vacuam*, § *Servus*, *ff. de acqu. possess.* ut illum textum interpretatur Giphanius in *l.* 1. §. *item acquirimus*, *ff. cit. tit.*

Secundo Paulus de hac quæstione Juliani sententiam proponit, his verbis: *In pendenti esse usucapionem, Julianus ait. Nam si Dominus reversus fuerit, intelligi usucaptum: si ibi decesserit, dubitari, an per legem Corneliam ad successores ejus pertineat.* Tria itaque tribuit Juliano Paulus. I. Generale dictum, nempe, *In pendenti esse usucapionem*, scilicet non in quantum ad substantiam, sed in quantum ad effectum; nam utique Servus usucapit, quia in re peculiari Servus dicitur habere corpus & animum, quæ ad possessionem exiguntur: dicitur etiam habere bonam fidem, quæ requiritur ad usucapionem: quocirca recte possidebit, & possidendo usucapiet. Non ergo usucapio est in pendenti, in quantum ad substantiam. Pendet vero in quantum ad effectum; ignotum enim interim est, cui hæc usucapio profutura sit, utrum Domino ex Jure postliminii, an heredi ejus ex lege Cornelia, ut statim Julianus addit.

II. Ergo incipit reddere rationem, cur dixerit esse usucapionem in pendenti. Nam si Dominus revertatur ab hostibus, usucapio proderit Domino; nempe ex Jure postliminii, quod quia restituit Jura, *l. postliminium, ff. de captivis*, utique restituet dominium Servi, qui propterea ex necessitate Juris non alii, quam Domino, usucepisse intelligi potest.

III. Complet rationem sui dicti. Et sermonem instituit de lege Cornelia, si Dominus apud hostes decesserit; & Julianus dubitavit, utrum heredi ejus prosit Servi usucapio, ut Paulus hic refert.

Videtur tamen Paulus memoria lapsus; nam Julianus sine ulla hæsitatione docuit, usucapionem prodesse heredi ex fictione legis Corneliæ; ut constat ex Tryphonino in *l. in bello, §. facti, ff. de captivis*, cum ait: *Julianus scribit, heredi*, (vel ut est in Pandectis Florentinis, *credi*) *suo tempore impleri usucapionem, remanentibus iisdem personis in possessione.* Ubi nulla fit distinctio inter postliminium, & legem Corneliam, sed dicitur generatim, suo tempore impletum iri usucapionem, scilicet, vel ipsi Domino, tempore, quo revertetur; vel heredi ipsius, tempore, quo Dominus apud hostes decedit. Sed ut clarissime constet, Julianum nihil dubitasse, proferamus ipsa Juliani verba ex *lib. 62. Digestorum*, quæ referuntur in *l. bona, §. pen. ff. de captivis*, & hæc sunt: *Quæ peculiari nomine Servi captivorum possident, in suspenso sunt. Nam si Domini postliminio redierint, eorum facta intelliguntur: si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes pertinebunt.* Quæ verba nullam hesitationem ostendunt. Cur ergo Paulus ait, Julianum scripsisse, dubitari?

Si divinare licitum est, mihi videtur, Tribonianum hæc Juliani verba reformasse, non tamen ex arbitrio, sed ex Marcelli notis. Julianus enim scripsit: *Si ibi decesserint, an per legem Corneliam ad heredes pertinebit?* Et ita scripsisse, manifeste patet ex nostro textu. Marcellus vero, qui notas ad Julianum scripsit, *l. quidam ita, l. ita tamen, § Marcellus, ff. ad Trebell. l. quæsitum, l. si pupillus, ff. de acquir. hered.* Marcellus, inquam, in notis interpretatus est, in hac interrogatione mentem Juliani fuisse, ut potius pertinet usucapio ad heredes captivi apud hostes defuncti, quam ut non pertineret; quod etiam patet ex nostro textu in illis verbis, quæ nemo hactenus intellexit: *Marcellus, posse plenius fictionem legis Corneliæ accipi*; hoc est, plenius accipi posse apud Julianum, sive ex mente Juliani, ut ipse potius affirmet, quam neget. Et ratio interpretationis Marcelli fuit, quia Julianus scribit usucapionem respectu effectus in suspenso esse, nempe utriusnam utilitati cessura sit, ipsius Domini, an heredis ejus. Quare meus Juliani fuit, si Dominus decessisset apud hostes, usucapionem profuturam heredi ipsius. Ex hac ergo nota Marcelli Tribonianus manum admovit verbis Juliani, & interrogationem in affirmationem mutavit, ita: *Si ibi decesserint, per legem Corneliam ad heredes pertinebunt.* Ex hac etiam Marcelli nota factum est, ut Tryphoninus scripserit, ex mente Juliani, usucapionem suo tempore impletum iri, *d. l. in bello §. facti*. Quare longe errat Valentia hic *n. 2.* cum de Juliano ait, *dum dubitat, negare videbatur*; quippe Marcello, Tryphonino, & demum Triboniano, visus est affirmare.

Sed hic examinandum est, quid in causa fuerit, ut Julianus dubitaverit, an per legem Corneliam ad heredes captivi defuncti pertineat usucapio. Et certe ratio dubitandi fuit, quia lex Cornelia impedimento videtur esse usucapioni, ut recte notat Aquilinus hic *num. 106. vers. sed hic intellectus*; quandoquidem si vere Dominus fuisset mortuus, & eo mortuo Servus hereditarius peculii nomine rem tenere cœpisset, usucapionis primordium erit tempus hereditatis aditæ, ut ait Papinianus in *l. præ-*

præscriptio ult. §. *fin. ff. eodem.* cujus regulæ rationem reddit his verbis: *Quemadmodum enim usucapietur, quod ante defunctus non possederat?* Ergo idipsum dicendum est, cum ex lege Cornelia is, qui defunctus est apud hostes, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est, *d. l. in omnibus, ff. de captivis*; nempe non inchoari usucapionem a die, quo Servus captivi rem nomine peculii tenere cœpit, sed cum heres captivi hereditatem adit; non enim fictio plus, quam veritas, operari potest, *l. filio quem pater, ff. de lib. & posth. l. ult. Cod. de iis, qui ven. ætatis, &c.*

Verum tamen est, Papinianum sibi contrarium videri in *l. justo*, §. *nondum, ff. eodem*, cum ait, nondum aditæ hereditatis tempus usucapioni datum esse, sive Servus hereditarius aliquid comparaverit, sive defunctus usucapere cœperit. Ad quam difficultatem evitandam Alciatus hic *num.* 14. voluit, textum in *d. l. ult.* §. *ult.* locum habere juxta regulas Juris, quæ tamen hic non observantur ex privilegio, ut intelligendus est textus in *d. l. justo*, §. *nondum*. Nam ita tandem Papinianus concludit: *Sed hæc Juri singulari recepta sunt*. Ita etiam hos textus conciliat Valentia hic *cap.* 4. *num.* 9. suppresso Alciati nomine, & Cujacius in *l.* 1. §. *item acquirimus, ff. de acqu. possess.* quem vide.

Itaque Julianus regulas Juris respiciens (videtur enim nondum suo tempore Jus singulare fuisse receptum; vixit enim ante Papinianum) ex hac parte putabat, legem Corneliam usucapioni obstare. At ex alia poterat respicere, diversum casum esse; quia cum Servus emit bona fide ex causa peculii, Domino in captivitate manente, statim Servus inchoat usucapionem; quia Dominus vere mortuus non est, & Jura ejus omnia in suspenso sunt, & non abrumpuntur, *l. illa institutio*, §. *fin. ff. de hered. instit.* Quocirca etiam in suspenso est hoc Jus, quo statutum est, ut videatur rem peculiarem & animo & corpore Servi possidere: quo fit, ut ejus captivitas impedimento non sit, quo minus ex causa peculiari usucapio re ipsa inchoetur, *d. l. justo*, §. *fin.* Ergo si usucapio inchoata est, & in suspenso retenta, sicuti ipsi reverso prodest ex postliminio, ita eo mortuo ad hereditatem ejus pertinebit ex lege Cornelia. Atque ita fictio minus, quam veritas, hic operatur, ex diversitate rationis; quippe Domino mortuo, vere Jura, in quantum ad ipsum, in suspenso non sunt. Ita discurrit Aquilinus *num.* 104.

His ergo rationibus distractus Julianus veluti dubitando scripsit: *Si ibi decesserint, an per legem Corneliam ad heredes pertinebunt?* Quam tamen interrogationem Marcellus in notis ex mente Juliani pro affirmatione accepit, dicendo plenius fictionem legis Corneliæ posse accipi, attenta, ut dicebam, Juliani mente, quasi ad ultimam rationem prædictam inclinaret.

IV. Tandem Paulus notas Marcelli ad Julianum recitat. Dico notas; nam duæ sunt, una exponentis, altera contradicentis. Quod non animadversum variis Interpretum hariolationibus locum dedit.

Prior nota exponens Juliani mentem est. *Marcellus, posse plenius fictionem legis Corneliæ accipi*. Vulgo credunt, hic Marcellum contradicere Juliano; & duo statuunt, Julianum dubitando, & interrogando, utrum ex lege Cornelia usucapio a servo inchoata pertineat ad heredem captivi, intelligi negasse; deinde id displicuisse Marcello, qui dixit, legis Corneliæ fictionem plenius postliminio accipi posse, quasi dicat, perperam fecisse Julianum ita stricte accipiendo legis Corneliæ fictionem, ut non prosit heredi, cum ea plenius accipi debeat.

Qua in re duplici nomine errant; tum quia Juliani mens in interrogatione proposita non fuit negare, sed affirmare, ut patet ex *d. l. in bello*, §. *facti*, & *d. l. bona*, § *qui peculiari*; tum etiam, quia Marcellus si ex mente sua vellet legis Corneliæ fictionem heredi in specie proposita prodesse, sibi ipsi contrarius mox esset in *versic. Nam hereditates*, illis verbis: *Ideoque in successoribus locum non habere usucapionem*; ita enim cum negatione hæc verba leguntur in Pandectis vulgatis, Noricis, & Florentinis, Ant. August. 1. *emend.* 3. quamvis alii nimis audacter ad tollendam quandam difficultatem, sublata negatione, emendent, *locum habere*; quibus immerito adhærent Valentia hic *cap.* 10. & Cujacius hic *v. locum non habere:* & Alciatus hic *num.* 8. illud *non* mutet in *novam*. Quæ nugæ sunt, ortæ ex non intellecta mente Marcelli.

Posterior Marcelli nota est contradicentis; cum enim expressisset mentem Juliani, in quantum ad legem Corneliam, tum ei contradicit in quantum ad utramque partem, & postliminii, & legis Corneliæ. Et primo de postliminio ait: *Quemadmodum enim postliminio reversus plus juris habere potest in his, quæ servi*

servi egerunt, *quam his*, *quæ per se*, *vel per servum possidebat*, *cum ad hostes pervenit?* Mirum est, in mentem venisse Valentiæ *cap.* 11. *num.* 4. in his verbis non negare Marcellum in postliminii fictione veram esse Juliani sententiam; non solum enim negat, sed rationes suæ contrariæ opinionis affert, argumentando a majori ad minus negative, hoc modo. Qui cœpit ipse per se usucapere, vel per Servum, & deinde captus ab hostibus est, si revertatur, utique ex postliminio ei non prodest usucapio, ut in *princ. nostri textus*. Ergo multo minus ei prodesse usucapio potest, cum est inchoata per Servum post captivitatem.

Mirum est etiam, aliquos putare, esse Pauli, qui Juliano contradicat; etsi enim verum sit, Paulum quoque notas in Julianum scripsisse, ut constat ex *l.* 15. *ff. de mortis causa donat. l.* 4. §. *ult. ff. de manum. vind.* & alibi; tamen hæc verba Marcelli esse, apertissime patet ex Tryphonino in *d. l. in bello*, §. *facti*, ubi cum in specie nostra Juliani sententiam proposuisset, statim subjicit ei Marcellum contradixisse in hæc verba: *Marcellus scribit*, *nihil interesse*, *an ipse possedisset*, *an subjecta ei persona*.

Deinde Marcellus Juliano contradicit, in quantum ad legem Corneliam attinet; inquit enim: *Nam hereditatem in quibusdam vice personæ fungi*, *receptum est*; *ideoque successoribus locum non habere usucapionem*. Cujus argumenti hæc vis est. Hereditas in quibusdam vice personæ defuncti fungitur. Ergo regula est, ut in quibusdam vice personæ defuncti non fungatur. Scilicet fungitur vice personæ in iis, quæ Juris sunt, utpote quæ omnia defuncti Jura continet, *l. nihil est aliud*, *ff. de verb. sign. l. hereditas*, *ff. de petit. hered.* E diverso non fungitur vice personæ in iis, quæ facti sunt, veluti est possessio, *l.* 1. §. *Scævola*, *ff. si is qui test. liber.*, *l. hereditates*, *ff. de acqu. rer. dom. l. cum heredes in princ.* & §. 1. *ff. de acq. possess.* Sed usucapio non nisi a possessione incipere potest, *l. sine possessione*, *ff. eod l. denique*, *ff. ex quib. caus. major.* Ergo hereditas jacens usucapionem nequit incipere, & per consequens nec Servus hereditarius. Quia ergo ex lege Cornelia, mortuo apud hostes Domino, hereditas fingitur jacens a die captivitatis; ideo resolvit usucapionem interim a Servo hereditario cœptam, & verum erit, *In successoribus locum non habere usucapionem*. Hoc est Marcelli argumentum contra Julianum, quod Juliano ignorandum non fuisse, supra dicebamus, ut qui suam in hac parte legis Corneliæ sententiam dubitando & interrogando exposuit. Itaque hic quoque Marcellus Juliano contradixit, ut recte notat Tryphoninus in *d. l. in bello*, §. *facti*, cujus verba jam recitavimus.

V. Pro complemento videndum est, utriusnam sententia, Juliani an Marcelli, nobis recipienda sit: nam & hoc in dubio est. Quippe Paulus hic videtur sententiæ Marcelli acquiescere; in ea enim sententia quis residet, quam ultimo loco refert. E contrario Tryphoninus ita scribit: *Sed Juliani sententia sequenda est*; quod etiam apparet ex eo, quod a Triboniano Juliani sententia una cum verbis relata est in *l. bona*, §. *qui peculiari*, *ff. de captivis*.

Sed dicendum omnino est, sententiam Marcelli hic a Paulo referri, non etiam probari; sæpe enim in Jure nostro accidit, ut referantur a Jureconsultis sententiæ, quas tamen ii, qui proponunt, non probent, Donellus ad *tit. de præscr. verb. cap.* 19. *num.* 7. Cujacius 1. *obs.* 16. & 15. *obs.* 20. Faber 2. *conject.* 8. Scipio Gentilis 3. *de donat. int. vir.* & *uxor.* 38. Schifferdegh. *lib.* 1. *tract.* 11. *qu.* 8.

Ceterum rationes, cur Juliani sententia recepta sit, rejecto Marcello, difficiles investigatu non sunt. Ratio enim Marcelli, quod attinet ad legem Corneliam, non obstat; quia locum habet, quoties usucapio hereditate jacente non potest inchoari, quia Dominus vere mortuus est; non etiam, quando Domino tantum civiliter mortuo ob captivitatem, interim usucapio reperitur per servum ex causa peculiari inchoata, *d. l. justo*, §. *fin.* ut supra latius examinatum est.

Nec obstat alia ratio respectu postliminii; longum enim discrimen adest inter usucapionem cœptam a Domino ante captivitatem, & cœptam a Servo ex causa peculiari post captivitatem: in illo enim casu possessio & usucapio per captivitatem interrumpitur, textus noster in *princ. d. l. in bello*, §. *facti*; at in isto neutra abrupta dicitur, ut ex citatis Juribus demonstratum est. Et hæc est nostra de *d.* §. *quod si servus* sententia, qui §. a nullo hactenus intellectus est.

De Fictionibus Juris. Ad eandem *l. si is*, *qui pro emtore XV. ff. de usucap.* & *usurpat.*

OCcasione ejus, quod hic dicitur de fictione legis Corneliæ da captivis, & de fictione postliminii, receptus jam est Inter-

pre-

pretum mos, ut generatim de Juris Fictionibus agatur. Itaque nos Bartoli, Jasonis, Alciati, aliorumque vestigiis inhærentes, eam quoque rem aggrediemur, satis utilem ad quamplurimas Juris nostri causas & rationes recte intelligendas, & quæ fere per totum Juris corpus vagatur. Ut autem utilis est, ita & difficilis, ut vel ipsa Fictionis definitione apparet, quæ in Jure nostro nu quam tradita est, & in ea assignanda mirum in modum Doctores digladiantur, prorsus ut Aquilinus hic *n.*108.*vers. ex quibus* dixerit, omnes de hac re Doctorum definitiones facile subverti posse, ipse interim deterritus, nullam tradere ausus sit. Et sane male cessit Alteserræ, qui integrum librum *de Fictionibus Juris* scripsit, cum *tract.* 1. *cap.* 1. definivit: *Est Juris constitutio, qua fingitur id contigisse, quod minime contigit, vel id non evenisse, quod re evenit.*

Nos Fictionem, quatenus ad rem nostram attinet, ita commode definiri posse putamus: *Est mutatio veritatis a Jure in re possibili, ob justam utilitatis publicæ rationem introducta.* Quæ definitio per causas tradita est.

Nam dicitur *Mutatio veritatis* loco causæ formalis; nam Fictio quæcunque immutatio veritatis est; & imaginarium seu fictum est, cum fides facti simulatur, non intercedente veritate, *l. contractus, ff. de action. & obligat.* Cui si accedat dolus malus, & alterius præjudicium, dicitur falsum, *l. qui testamentum, ff. ad legem Corneliam de falsis, l. si aliquid, §. testamentum, ff. de pœnis.* Quæ duo si absint, erit fictio, de qua in præsens agimus. Recte D. Augustinus 2. *qq. Evangel. cap.* 51. *Fictio igitur, quæ ad aliquam veritatem refertur, figura est, quæ non refertur, mendacium est.* Ita fraudem si absit dolus, non esse fraudem, sed æconomiam, & sapientiam, scribit D. Chrysostomus 1. *de sacerd.* 14. Quare perperam Antonius Faber 20. *conject.* 16. Fictiones nihil aliud esse, quam mendacia, scribit.

Dicitur *a Jure introducta*, ad demonstrandam causam efficientem Fictionum: Fictio enim non descendit ab homine, sed a Jure, *l. si forte, ff. de castr. pecul.* Et omne Jus fictionem agnoscit, excepto naturali, ut patet ex eo, quod licet pater & filius in potestate una fingantur persona; Jus tamen naturale nihil eam fictionem curans, naturali obligationi inter eos locum facit, *l. frater a fratre, ff. de condict. indeb.* ubi Hothomanus.

Dicitur *in re possibili*, ob causam materialem; semper enim legalis fictio naturam & veritatem imitatur: quod in adoptione, quæ nobis filium per fictionem dat, perspicue patet; quippe opus est, ut pater adoptans filios secundum naturam gignere possit, & sit major natu eo, quem sibi in filium eligit: præterea ut adoptio fiat sine ulla conditione, aut tempore ullo, qnia ita filios nobis natura parat, *l. actus legitimi, ff. de reg. jur.*

Dicitur tandem, *ob justam utilitatis publicæ rationem*, quæ verba causam finalem fictinnum continent; quia enim fictio est immutatio veritatis, utique illicita esset, nisi ob justum & commendabilem finem fieret; fine enim actus humani distinguuntur; quare dolus in rem a lege non prohibitam adhibitus, bonus est, e contrario malus. Quoniam ergo Jus utilitate consistit, *l. jus pluribus, ff. de just. & jure*, propterea ubi veritas huic utilitati repugnat, fictionem inducit. Ita exempli gratia est, cum fingit lex hereditatem defuncti personam sustinere, ejusque Jura omnia repræsentare, *l. hereditates, ff. de petit. hered. l. hereditas, ff. de reg. jur.* nempe quia nisi ita fingeret, bona cujusque post mortem in nullius essent futura dominio, *l.* 1. *§.* 1. *ff. de rer. divis. l.* 3. *in princ. ff. de peculio, l. denique, §. quæsitum, ff. quod vi aut clam*; & consequenter occupanti essent concedenda, ex regula textus in *l.* 3. *ff. de acqu. rer. dom.* non obstante dispositione defuncti, quæ de rigore nullius momenti esse deberet, cum conferatur in tempus, quo ipse disponens amplius Dominus non est, nempe post mortem, argumento ex *l. quod sponsæ, C. de donat. ante nupt.* juncta *auth. ingressi, C. de Sacros. Eccles.* Esset autem Reipublicæ perniciosum, si res alicujus sudore partæ, eo mortuo cuicumque etiam extraneo, etiam inimico, occupanti concederentur; maximis enim discordiis societas turbaretur humana, contendente quocunque Domini exhalantis animam bona vi & dolo occupare. Ideo lex utilitate suadente induxit, ut res post mortem Domini non in nullius, sed in ipsius proprio dominio esse viderentur, fingendo hereditatem defuncti sustinere personam: eleganter Valentia hic *cap.* 2.

Ceterum sicuti Jus in communi populo consulit, juxta illud Cicer. 1. *de legibus*: *Salus populi suprema lex esto*; ita fictionem non nisi ob publicam utilitatem inducit.

Ex dictis plura colliguntur. 1. Jus civile merito

merito gaudere fictionibus; tot enim passim fictiones occurrunt in Jure civili, ut eas in hoc Jure tanquam in suo regno versari dictum sit: nec illas explodere possis, quin pulcherrimam partem Juris civilis e medio tollas. Nec fictiones in Jure vituperandæ, quæ dolo carent, & quibus consistit æconomia Juris, Alteserra hic *tract.* 1. *cap.* 3.

Etenim Jus omne triplex est, Essentiale, Potentiale, Operativum. Essentiale Jus est, quod totum in intellectu est, & sine ullo corpore, quia esse intelligitur. Ita est hereditas, bonorum possessio, & cetera hujusmodi. Hereditas enim, in quantum est universum Jus defuncti, sine ullo corpore, Juris intellectum habet, *l. hereditas* 53. *ff. de petit. hered.* Unde quamvis hereditas solvendo non sit, sed ære alieno exhauriatur, tamen hereditas est. Ita si nihil corporale in hereditate est, tamen recte agnoscitur, & recte petitur, *l.* 3. *ff. de bonor. possess. l. quod si in diem*, §. *Julianus*, *ff. de petit. hered.* Potentiale vero Jus est potestas seu facultas ad aliquid; quod etsi intellectu consistat, plerumque tamen indiget corpore, in quo fundetur, ut sunt servitutes, obligationes, actiones, patria potestas, tutela, & cetera hujusmodi. Quare si bonorum possessio consideretur, ut Jus persequendæ rei, seu patrimonii, quod cujusque, cum moritur, fuit, *l.* 3. §. *bonorum*, *ff. de bonor. possess.* Jus potentiale videtur. Operativum Jus est legis Fictio; sæpe enim utilitatis vel necessitatis gratia lex quædam veluti creat.

Et quamvis quidam opinentur Jus etiam operativum esse, cum lex præsumit; tamen Fictio & Præsumtio multum invicem distant. Nam Fictio in re certa veritatem supplet: Præsumtio in re dubia ex conjecturis supplet probationem. Fictio nunquam est cum veritate: Præsumtio plerumque cum veritate concurrit, Glos. in *l. un.* §. *accedit*, *C. de rei uxor. act.* Fictio inducitur a lege, non ab homine, *l. si forte*, *ff. de castr. pecul.* Præsumtio induci potest ab homine, id est, a Judice, unde dividitur in præsumtionem legis, & hominis, *cap. afferte*, *de præsumt.* Fictio non admittit probationem contrariam, Gloss. in *l. ult. in princ. ff. quod met. causa*, & in *l. conficiuntur in princ. ff. de jure codicill.* Secus est de Præsumtione, quæ admittit probationem in contrarium, *d. l. ult.* unica excepta præsumtione, quæ Juris & de Jure dicitur, *l. ult. C. ad Maced. l. ult. C. arbitr. tut.* Nempe, quia magis est Fictio, quam Præsumtio, ut recte ait Glossa in *d. l. conficiuntur*, *v. quoniam creditur.* Fictio non est una contra aliam: at Præsumtio una tollit aliam, *l. divus*, *ff. de in integr. restit.* Placet hic definitionem Præsumtionis recitare ex Cujacio *ad rubr. de probat. & præsumt.* qui ita habet: *Præsumtio est anticipatio quædam de eo, quod in re est, communi sensu percepta ex eo, quod plerumque fit, quæ probationem omnem in eum transfert, contra quem facit.*

II. Colligitur, a Jure Canonico non immerito aliquando recipi Fictiones, veluti cum Monachi, quia mundo vale dixerunt, habentur ut mortui, Canonistæ ex *can. non dicatis* 12. *qu.* 1. & ex *cap. cum ad monasterium*, *de statu Monach.* Et eum ob continuationem jejunii duo dies pro uno habentur, nec in eis duo Sacri Ordines eidem conferri possunt, *cap. quod a Patribus dist.* 75. *cap. literas*, *de tempor. ordinat.* Olim ordinationes inchoabantur in vespera Sabbati, & protrahebantur ad mane diei Dominici, continuato jejunio. Itaque qui in Diaconum ordinatus est in vespera Sabbati, non potest die Dominica mane Presbyterium recipere. Ita in bisexto duo dies unum constituunt, *l. quæsivit*, *ff. de verb. signif. l. denique*, § *minorem*, *ff. de minor.* Dies autem bisextilis est XXIV. Februarii. Alia exempla Fictionum in Jure Canonico non desunt; nam ita est, cum Ecclesia, quæ habet Episcopum inutilem, viduata dicitur, *cap. inter corporalia*, ubi Hostiensis, *de translat. Episcop.* Absentes causa studii habentur, ut præsentes ad fructus beneficiorum lucrandos, demtis distributionibus quotidianis; *cap. tuæ fraternitatis*, *cap. ad audientiam*, *de Cleric. non resid.* Et demum si rogatus heres ante fideicommissi restitutionem decesserit, actiones ipso Jure transeunt in Fideicommissarium, sine restitutione *cap. in præsentia*, *de probat.* Alteserra *d. tract.* 1. *cap.* 3.

Recipit fictiones nonnunquam Jus gentium, ut ex postliminio constat, *l. postliminium*, *ff. de captivis*. Imo etiam Jus Divinum, veluti cum Levir uxore fratris præmortui viduam ducere jubetur, ad exsuscitandum semen fratris. *Deuteron.* 25.

III. Fictionem ad ea, quæ facti sunt, non pertinere, res enim facti impossibile est immutare, *l. denique*, *ff. ex quib. caus. major. l. in bello*, § *facti*, *ff. de captivis*. Unde quia possessio facti, & animi est, *l.* 1. §. *Scævola*, *ff. si quis testam. liber*, propterea Jus postliminii ad possessionem minime se extendit, *d.* §.

d. §. *facti*, & ita nec hereditas possidet, *d.l. denique*, *d.* §. *Scævola*.

IV. Si id, quod facti est, ad Jus tendat, vel nonnulla a Jure mutuetur, in quantum ad hanc partem capax fictionis erit. Illustre hujus rei exemplum habemus in possessione, quæ utique facti est, sed plurima a Jure mutua accipit, *l. 49. ff. de acqu. possess.* quocirca sæpe fictiones admittit. Ita est, cum possessio acquiritur per actus civiles & fictitios, veluti per oculos, per appositionem custodiæ, & similiter. Ita quoque, cum possessio defuncti prodest heredi, possessio venditoris prodest emtori, ad implendam usucapionem, quæ res Juris est, *l. id tempus*, *l. possessio*, *ff. de usucap. l. pen. C. de divers. & tempor. præscr.* Quia possessio defuncti vel venditoris quasi juncta descendit ad heredem, vel emtorem, *l. cum miles*, *C. ex quib. caus. major.* Observat Alteserra *tract. 3. cap. 13.*

V. Inane esse, quod comminiscitur Bartolus hic, legem nonnunquam fingere id, quod in specie impossibile est, licet non fingat impossibile in genere: inane, inquam, est, quia quodcunque in specie impossibile est, id etiam impossibile est in genere, ut si Cajus filius Titii nequit esse filius meus, neque Filius unius esse potest filius alterius.

Objicies I. In adoptione lex fingit imaginem nuptiarum, & filium adoptivum ex justis nuptiis natum fingit; tum quia adoptio imitatur naturam *l. adoptio*, *ff. de adopt. l. filio*, *quem*, *ff. de lib. & posth.* tum etiam quia adoptio commentum id est figmentum dicitur in *l. fideicommissum*, *ff. de condit. & demonstr.* Qua in re lex impossibile fingit, cum Filius tuus nequeat meus esse.

Singularis hac in re est opinio Aquilini *num.* 137. qui negat ullam in adoptione fictionem esse, ut quæ non est, nisi sola similitudo. Quæ opinio satis probabilis est. I. Ex *l. mulierem*, *C. de adopt.* ubi filius adoptivus dicitur perinde ac ex te progenitus, sicuti in *l. adoptiones*, *ff. eit. tit.* nepos adoptivus dicitur perinde quasi ex filio natus; adverbium vero *Perinde* non fictionem, sed similitudinem denotat, ut in *l. divortio*, *in princ. ff. de negot. gest.* ibi: *Quod si interea priusquam officium impleat, res amissa est, perinde negotiorum gestor non tenetur, ac si nunquam facere potuisset:* ubi recte Accursius illud *Perinde* explicat, *Id est*, *Ita*. II. Quia antiqua arrogationis formula nihil habet, quod ad fictionem referri possit, sed omnino similitudinem exprimit, ita enim habet: *Velitis, jubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam Jure legeque filius siet, quam si ex eo patre, matreque familias ejus natus esset: utique ei vitæ necisque in eum potestas siet, uti pariendo filio est. Hoc ita, ut dixi, ita vos Quirites rogo.*

Neque in contrarium facit, adoptionem dici naturæ imaginem; nam etsi imago aliquando cum fictione fit, ut in pictura & poesi; tamen ex natura sua nil nisi similitudinem denotat: ita somnus, qui morti similis est, dicitur mortis imago. Neque iterum facit, adoptionem dici commentum in *d. l. fideicommissum* ubi *fideicommissum a filiis relictum, si quis ex his sine liberis diem suum obierit, adoptionis commento non excluditur:* quippe non ea mens Jurisconsulti est, ut adoptionem figmentum esse dicat, sed ut rationem reddat, cur conditio, *si sine liberis*, ad adoptivos non porrigatur, scilicet, ne simulatis adoptionibus via fraudibus aperiretur. Eadem de causa ne legi Papiæ fraus fieret, Senatusconsulto Neronis temporibus cautum est, ne filii adoptivi prodessent in Magistratibus, vel hereditatibus occupandis, ut narrat Tacitus 15. *Annalium*. Quippe ex lege Papia in honoribus adipiscendis qui liberos habebat, præferebatur orbis, & orborum hereditates acquirebantur fisco, idem Tacitus *lib.* 3.

Eodem modo Aquilinus *num.* 121. *& seqq.* nonnullas alias de medio fictiones tollit, quas omnes ad similitudinem trahit. Exempli gratia, eum, qui in utero est, cum de ejus commodo agitur, fingi jam natum negat, propterea quod in *l. qui in utero* 7. *ff. de statu hominum* dicitur: *Eum perinde ac si in rebus humanis esset, custodiri*. Ratio vero, cur lex ei Jura tribuit, quæ nancisceretur, si natus esset, redditur a Celso in *l. vel si vivo*, *ff. de suis*, *& legit. Quia*, inquit, *conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur.*

His ita positis, facile ad argumentum responsio patet; non enim adoptio est ficta filiatio, nec qui ex alio natus est, ex me natus fingitur, quod est impossibile: sed vera filiatio est, legitima tamen, & qui alterius filius naturalis est, fit filius meus legitimus, quod impossibile non est; sicuti de Jure Canonico ob spiritualem cognationem verus spiritualis filius nobis acquiritur, *canon. Pittacium 30 qu. 3.*

Objicies II. Qui in acie pugnando pro patria mortuus est, fingitur perpetuo vivere, ut pro-

prosit Patri ad petendam excusationem a muneribus personalibus, §. *sed si in bello*, *Inst. de excus. tutorum*. At hominem perpetuo vivere, impossibile est. Varie respondent Doctores. Bartolus ait, fictionem non porrigi ultra tempus, quo vivere homo potest; id quod contradicit Justiniano in *d.* §. *sed si in bello*, ut notat Jason hic *num.* 194. *cum seq.* Rectius itaque Angelus & Imola tradunt, in bello mortuum non dici simpliciter perpetuo vivere, sed addi, *per gloriam*, ut expresse Justinianus ait: hoc est, ejus gloriam perpetuo vivere, quod non fingitur, sed verum est. Unde Ennius.

Nemo me lacrymis decoret, nec funera fletum

Faxit; nam volito vivo per ora virum.

Plautus *Captiv. Act.* 3. *Sc.* 5.

Qui per virtutem peritat, non interit.

De divisione Fictionum.

VUlgo Doctores post Bartolum hic tres Fictionum species distinguunt, Inductivam, Privativam, & Translativam, quæ pariter extensiva nuncupari solet. De singulis nonnulla notatu digna recensenda sunt.

De Fictione Inductiva.

HÆc est, ubi Lex aliquid fingendo largitur. Simili fictione Dignitas fingitur persona, quæ nunquam moritur. Quare legatum Principi relictum, eo mortuo ante diem legati cedentem, transit in Successorem; quippe censetur relictum ipsi Dignitati, tanquam personæ, quæ Principe extincto superstes est, *l. quod Principi*, *ff. de leg.* 2. Et huc fortasse pertinent verba Justiniani in *l. Deo nobis*, *in fine*, *C. de Episc. & Cler.* cum ait: *Nostra sanxit æternitas*; quamvis alii cum Suida credant, Justinianum sibi æternitatem adscribere; quod à Triboniano seductus crediderit, se non moriturum, sed vivum abiturum in cœlum. Justinus etiam junior eadem hæc in constitutione quadam habet, quæ legitur apud Cujacium 4. *observ.* 28.

Idque verum est, si in legato Dignitas expressa sit, veluti Regi Hispaniarum do, lego: secus vero si dictum sit, Carolo III. Tunc enim non Dignitati, sed Personæ relictum censetur, argumento ex his, quæ tradit Bonifacius VIII. in *cap. gratiose*, *de rescriptis in* 6. ubi si cui ad Episcopatum promoto Summus Pontifex impertiatur, ne beneficia, quæ habet, vacent ad beneplacitum Sedis Apostolicæ, gratia & concessio permanet, etiam Summo Pontifice concedente extincto: at extinguitur concessio, si Summus Pontifex dixerit, *ad beneplacitum nostrum*.

Non ita est de Augusta, cui quocunque ex prædictis modis legatum relictum fit, ubi ea inter homines esse desinit, deficit quod ei relictum est. Nempe quia Regia Dignitas à Principe, non etiam ab Augusta repræsentatur, *l. si Augustæ*, *ff. de leg.* 2.

Eadem de causa legatum annuum Sacerdoti, & Hierophylaci, & Æditui templi relictum, datur non solum iis, qui eo tempore, quo legabatur, in rebus humanis, & in eo officio erant, sed etiam Successoribus, quasi templo, seu potius Dignitati datum sit, *l. annua*, §. *Attia*, *ff. de ann. legat. cap. requisivisti*, *de testam. can. Pontifices* 12. *quæst.* 5.

Obtinet id quoque in Jurisdictione mandata; nam si Abbati alicujus Ecclesiæ delegata causa sit a Summo Pontifice, non expresso nomine proprio Abbatis, eo defuncto delegatio transit ad Successorem, tanquam Dignitati facta, *cap. quoniam Abbas*, *de offic. Deleg. cap. si is cui*, *eit. tit. in* 6.

Personæ vice pariter fungitur Universitas, *l. mortuo*, *ff. de fidejuss.* Peculium etiam simile est homini, ut eleganter Papyrius Fronto dicebat, & nascitur, crescit, decrescit, & moritur, *l. peculium*, *ff. de peculio*. Et ita de aliis pluribus, quæ vulgo nota sunt.

Ad Fictionem Inductivam pertinet, cum duo vel plures correi stipulandi & promittendi, vel credendi & debendi, pro uno habentur, quod unum sit debitum, & una obligatio, *l. si plures*, *ff. de pactis*, *l. qui hominem*, §. *si duo*, *ff. de solut.* Quare exactione vel acceptilatione unius, tota solvitur obligatio, *l.* 2. & *l.* 3. § 1. *ff. de duobus reis*, *l. si rem*, §. *si duo*, *ff. de novation.* Propterea datur præventio, & si unus e pluribus correis prior agere cœperit, alteri debitor solvendo non liberatur, *l. ex duobus*, *ff. de duobus reis*. Contestatio vero facta ab uno ex creditoribus, vel si debitum agnoscat & solvat ex parte unus ex debitoribus, id præscriptionem interrumpit in quantum ad ceteros omnes, *l. ult. C. eit. tit.*

Huc quoque facit, cum maritus & uxor fundi dotalis aliquando simul possessores esse creduntur; nempe in quantum ad hoc, ut neuter ipsorum cogatur præstare cautionem judicio sisti, tanquam possessores rerum stabilium,

bilium, *l. sciendum*, §. *si fundus*, *ff. qui satisd. cogant.* Ita quoque ejusdem Jure naturali, maritus vero Jure civili, *l. in rebus*, *C. de Jure dotium*, & videtur insinuari in *l. quamvis*, *ff. cit. tit.* In quantum dos est mulieris, sit ut si Thesaurus inventus sit in fundo dotali, in fructus non computetur, sed dimidiam vir restituit, quasi in alieno inventi, *l. divortio*, §. *si fundum*, *ff. sol. matr.* E diverso quatenus mariti est, ipsi datur vindicatio fundi dotalis, *l. doce ancillam*, *C. de rei vind.* Et potest servum dotalem manumittere, si sit solvendo, *l. servum dotalem*, *ff. de manumission. l. 3. C. de Jure dotium*, *l. 1. C. de servo pignori dato*; & si hujusmodi servus heres scriptus sit, nequit adire vel repudiare hereditatem, nisi jussu mariti, *l. servus dotalis*, *ff. solut. matrim.*

Ceterum si maritus vocetur ad munera municipalia pro modo substantiæ, dos non computatur in bonis mariti, *l. Lucius*, §. *idem respondit*, *ff. ad municipalem*; quamvis dos in bonis mariti sit, *d. l. quamvis*, *l. dotis fructum*, §. *si res*, *ff. de Jure dotium*. At si fundus in dotem datus, evictus sit, mulieri datur actio ex stipulatu de evictione; quia ejus interest fundum non esse evictum, ne dote careat, *d. l. quamvis*.

Notatu dignum est, mulierem non modo esse dominam dotis, sed propter promiscuum usum rerum, & societatem vitæ, quodammodo dominam omnium rerum viri censeri, *l. 1. ff. rerum amotar. l. quamvis*, *C. de furtis*, *l. 4. C. de crim. expil. heredit.* Ut filius in potestate est quodammodo Dominus rerum paternarum, *l. in suis*, *ff. de lib. & posth.* Quare olim materfamilias marito in sui heredis locum veniebat, Gellius 18. *noctium Atticarum* 6. Et ad eam fortasse respexit Ulpianus in *l. 4. ff. de hered. instit.* illis verbis: *Suus quoque heres sub omni conditione potest institui, sed excipiendus est filius.*

De Fictione Privativa.

HÆc dicitur esse, ubi Lex quod alicujus est illi aufert. Ita est, cum qui capit, habetur tanquam si non cœpisset, ob id quod alii restituturus est. Puta, filio meo naturali, qui non potest ex testamento meo capere, nisi unciam, ubi filii justi extant, *l. 2. cum auth. seq. C. de natural. lib.* ego trientem legavi, ejusque fidei commisi, ut Cajo restitueret. Utique filius naturalis solidum legatum capiet, *l. cum ei*, *ff. de leg. 2. l. si fidei*, *ff. de leg. 3.* Quod si fuerit heres institutus, cogitur adire, & restituere ex Trebelliano, *l. cogi*, §. *hi qui solidum*, *ff. ad Trebell.*

Sed si qui institutus est, omnino incapax sit, & rogetur alteri restituere, magna quæstio est, an fideicommissum valeat, ut videre est apud glossam in *l. eam quam*, *C. de fideic. v. coguntur*. Placet tamen distinctio Jasonis *ibidem*. Si enim institutus heres incapax ab initio fuit, non cogitur adire, nec restituere, & fideicommissum evanescit. At si a principio capax fuit, qui deinde efficiatur indignus, cogitur adire & restituere, & valet fideicommissum, *L. Marcellus*, §. *fin. ff. ad Trebell.* ubi heres ejus, qui a servis occisus ferebatur, adiit hereditatem, ante quæstionem de familia habitam, ex Senatusconsulto Syllaniano, hereditas fisco vindicatur. Nam licet ab initio capax fuerit, deinde ob neglectam necem Testatoris incapax effectus est, Fiscus tamen retento quadrante, fideicommissum restituit.

In pari causa est, ubi quis temere exheredat filium, pro furioso habetur, ut sub hoc colore testamentum ejus per querelam inofficiosi rescindatur, *l. mater*, §. *praeterea*, *ff. de inoffic. testam.* Nam sæpe Juri color quæritur, *l. item si*, §. *1. ff. ad Maced. l. minor autem*, §. *1. ff. de minor. l. Sulpicius*, *ff. de donat. int. vir. & uxor. l. quia poterat*, *ff. ad Trebell. l. quisquis*, *C. ad legem Juliam Majest.*

Huc quoque pertinet, cum exheredatus habetur pro mortuo. Finge, quis ex duobus filiis unum præterit, alterum exheredat. Per bonorum possessionem contra tabulas admittuntur a Prætore nepos filii exheredati una cum eorum patruo præterito. Nec ei obstat frater, quia exheredatus pro mortuo habetur, ut dicitur in *l. 1*, §. *sed etsi patruus*, *ff. de conjung. cum emancip. liber.* Ob eandem rationem in computanda legitima, exheredati non ferunt partem, nec faciunt partem, *l. si post mortem*, §. *exheredati*, *ff. de bonor. possess. contra Tabulas*.

De Fictione Translativa, vel Extensiva.

HÆc est, cum Lex rem, quæ certa formam aut modum extat, in aliam formam aut modum extare interpretatur, ut definit Alciatus hic *n. 41.* Idque plurimum quatuor modis fit, mutatione temporis, personæ, rei, & loci, de quibus exempla subjiciam.

I. De re ad rem est, ubi una res fit, & alia demonstratur. Exemplum Bartoli est, traditio clavium, qua coram horreo facta, intelliguntur traditæ fruges, quæ venditæ in horreo sunt, *l. clavibus*, *ff. de contr. emt.* Olim ad usucapionem usurpandam seu interrumpendam frangebatur surculus, Cic. 3. *de orat. Ut ex Jure civili surculo defringendo usurpare videantur*. Et novi operis nunciatio aliquando fit per manus oppositionem, vel lapilli jactum, quasi demonstret quis, se ita novum opus demoliri, *l. 5. §. meminisse*, *ff. de novi oper. nunciat. l. etsi forte*, *§. sciendum*, *ff. si servitus vindic. l. 1. §. sed etsi*, *l. vi facit*, *§. prohibitus*, *ff. quod vi aut clam*, *cap. ex parte*, *de verbor. signif.* Alia exempla posuimus supra in traditione per symbolum.

II. De loco ad locum est, cum absens pro præsente habetur: propterea contumax quasi præsens, & convictus damnatur, *l. contumacia*, *ff. de re judic. Nov. 69. cap. 3.* ita tamen, ut damnari pœna pecuniaria possit, vel corporali, usque ad relegationem: verum gravior pœna, puta damnatio in metallum, vel pœna capitis, non potest absenti irrogari, *l. absentem*, *ff. de pœnis*, *l. 1. ff. de requir. reis*, *l. absentem C. de accusat.* In Regno tamen nostro secus observatur in caussis forjudicationis.

Ita qui domicilium alicubi habet, quamvis absens, pro præsente habetur, *l. quæsitum in princ. ff. de leg. 3.* ubi quidam legavit ita: *Cajo fundum meum cum iis, qua in eodem fundo erunt, cum moriar, do, lego*. Debetur Legatario etiam servus, qui ante mortem Testatoris abductus fuit disciplinæ & studiorum causa, quibus completis fuerat reversurus, *l. quæsitum*, *§. idem respondit*, *l. Seja*, *§. Pamphila*, *ff. de fundo instr. l. nihil interest*, *ff. de captivis*.

E contrario furiosus, infans, somno occupatus, aut comitiali morbo pressus, pro absente habetur, *l. ubi non*, *ff. de reg. Juris*, *l. coram*, *ff. de verb. signif.* Quare Arbiter, qui debet sententiam dicere coram utroque litigatore, non coram altero tantum, μονομερῶς, si unus sit demens, non coram dicta erit sententia, nisi scilicet præsens sit curator, *l. diem*, *§. coram*, juncta *l. sed & interpellatur*, *ff. de recept. arbitr.* Eodem modo si testator jussit heredem adire coram Titio, eo furente non adibit, *l. si quis mihi bona*, *§. si coram*, *ff. de acqu. hered.* Ergo debet adire Titio sciente & arbitrante, idest, illius consilio & arbitrio; non voluntate, alioqui conferretur aditio in alienam voluntatem. Titio absente, frustra adibit, ut notat Azo apud Accursium in *d. §. si coram*. Sed ex altera parte Titius debet velle, & adesse, Cujacius in *d. l. coram*.

III. De persona ad personam, ut in Regula, *Qui per alium facit*, *&c.* In difficili tamen est, utrum qui per alium delinquit, perinde puniatur, ac si per se ipsum deliquisset. Quod late examinat Bartolus, Crotus, Alciatus, & Aquilinus hic, qui varie distinguunt.

Et sane ex una parte videtur distinguendum. Aut lex in rem scripta est, aut in personam: In illo casu qui jussit, teneri, non etiam in isto. Habetur hæc doctrina ex *l. 5. §. ult. ff. quod vi aut clam*, ubi considerat Ulpianus interdictum illud esse conceptum in rem, ita: *Quod vi aut clam factum est, qua de re agitur, id cum experiundi potestas est, restituas*: non vero esse in personam, hoc modo: *Quod vi aut clam fecisti*. Et ex his elicit, ut sive ego feci, sive fieri jussi, tenear; nempe quia in rem interdictum scriptum est. Unde si scriptum in personam esset, non tenerer.

Quod verum videtur non solum si in secundam personam concepta lex sit, quod putat Aquilinus *n.* 227. sed etiam si in tertiam; quippe idem Ulpianus in *l. si servum*, *§ non dixit*, *ff. de acqu. hered.* ex eo quod Prætor non dixit, *Si quid amoverit*, sed, *Si per eum, eamve factum erit*, *quo quid ex ea amoveretur*, colligit edictum locum habere contra heredem, tam si ipse amoverit, quam si amovendum curaverit. Quocirca si edictum in tertiam personam esset scriptum, *Si quid amoverit*, heres, qui jussit, non teneretur.

Eodem modo, quia interdictum de metu a Prætore in rem scriptum est, ita, *Quod metus causa gestum erit*, *ratum non habebo*, nec personam vim facientis coercet, propterea contra omnes locum habet, idem Ulpianus in *l. metum 9. §. ult. ff. de eo*, *quod metus causa*.

E diverso dicendum videtur, si lex in tertiam personam concepta sit, eum qui jussit, legis pœna teneri, contra textum in *d. l. servum*, *§. non dixit*.

Quod palam fit ex pluribus. Et I. Ex *l. si quis id*, *§. ult. ff. de jurisd.* quippe edictum in per-

personam fuit scriptum, *Si quis id, quod jurisdictionis perpetuæ causa in albo propositum erit, dolo malo corruperit*: Ulpianus tamen ait, eo teneri & qui suis manibus facit, & qui alii mandat.

II. Ex eodem Ulpiano in *ff. Ne quis eum, qui in jus vocabitur vi eximat*, quod edictum pariter in personam scriptum est. At in l. *pen.* dicitur, si per alium quis fecerit, hac clausula teneri.

III. Ex *ff de eo, per quem factum erit, quo minus quis in judicio sistat*, ubi Prætor in personam edictum proposuit. Nihilominus Ulpianus ibi *in princ.* ait, fecisse dolo malo non solum eum putari, qui suis manibus, vel per suos retinuit, verum etiam qui alios quoque rogavit, ut eum detinerent, vel abducerent, ne judicio sistat.

IV. Id ipsum probatur ex ipso Ulpiano in *l.* 1. § *si domini, ff. ne vis fiat ei, qui in possess. missus est*: ait enim dari actionem, etiamsi per alium quis fecerit, non obstantibus verbis Edicti, quæ ita habent: *Si quis dolo malo fecerit, &c.* Concordant textus in *l.* 3. §. *si procurator, ff. quod quisque juris in alterum statuerit*, in *l. non solum, ff. de injuriis*, & in *l. non ideo minus, C. de accusat.*

V. Hoc quoque est, si lex concepta in secundam personam sit; nam Ulpianus in *l.* 1. §. *dejecisse, ff. de vi & vi arm.* quamvis Edictum ita conceptum sit, *Unde tu illum vi dejecisti*; tamen fatetur, comprehendi etiam eum, qui jussit.

Nec discrepat Jus Canonicum in *cap. si quis suadente* 17 *qu.* 4. juncto textu in *cap. mulieres in fine, de sentent. excommun.* Etsi enim lex in personam concepta sit, in excommunicationem tamen incidit tam qui per se, quam qui per alium manum violentam in Clericum injicit: & in *cap. significavit, de Judæis*, ubi excommunicatione innodantur, qui commeatum vel merces ad Sarracenos deferunt, etiamsi per alios fecerint.

In tanto legum dissidio, ne Ulpianus sibi ipsi toties repugnare videatur, credimus esse generatim statuendum, sive lex in personam concepta sit, secundam aut tertiam, sive in rem, semper non modo qui per se facit, sed etiam qui jussit, comprehendi, ex regula; Is damnum dat, qui jubet dare, *l. is damnum, ff. de reg. juris.*

Nec quidquam urget textus in *d. l.* 5. §. *ult. ff. quod vi aut clam.* Fatetur quidem Ulpianus, interdictum illud dari in eum quoque, qui jussit, quia non est conceptum in personam, sed in rem: non tamen inde sequitur, non debere locum habere, si in personam scriptum esset. Neque hoc unquam Ulpianus dixit; ratiocinatur enim non a contrario, ut Doctores vulgo existimant, ex quo errore tot tricæ & distinctiones ortæ sunt; sed a majori ad minus, ut sensus sit: Si interdictum esset conceptum in personam, vigeret etiam contra eum, qui jussit, *d. l.* 1. §. *dejecisse, d. l. si quis id*, §. *ult. cum concordant.* Ergo multo magis contra eundem locum habere debet, quia est scriptum in rem. Id ipsum dicendum est de *d. l. si servum, §. non dixit, & d. l. metum* 9. §. *ult.*

IV. Mutatio fit de tempore ad tempus, & est in retrotractionibus omnibus, ut in fictione legis Corneliæ, in Jure postliminii, & in aliis multis. Sed satis sit nonnulla de Judicum sententiis notasse, cum scilicet ab iis appellatum est. Et tres casus distinguere oportet.

I. In criminalibus. Si ergo quis damnatus furti, vel aliis famosis judiciis, provocaverit, & injusta provocatio visa sit, intelligitur infamis ex præsenti tempore, seu ex quo die appellatio declaratur injusta, & non retro a die prioris sententiæ latæ, *l. furti in princ. ff. de his, qui notant. infamia*; quia in criminalibus appellatio extinguit judicatum, *l.* 1. §. *ult. ff. ad Turpill.* Unde si reus damnatus pendente judicio appellationis decedat, crimen morte extinguitur, id est, quæstio de crimine *l.* 3. *C. si pend. appellat. l. ult. C. si reus, vel accus. l. in ratione*, §. *cum quidam, ff. ad legem Falcidiam.*

Excipe, si ab excommunicationis sententia appellatum sit; quippe appellatio non suspendit executionem sententiæ, & excommunicatio secum trahit executionem, *cap. pastoralis*, §. *verum, de appellat.* Usque ab excommunicatione appellare fas non est, quia sententia Pastoris etiam injusta timenda est. Unum excipe casum ex Concilio Sardicensi *can.* 14. ubi ei, qui est excommunicatus ab Episcopo ἐξώχολφ, in iram prompto, conceditur appellatio ad Metropolitam Provinciæ. Ipse tamen ante rei cognitionem sibi suo Jure κοινωνίαν tribuere non debet. Vide Concilium Nicænum *can.* 5. & Antiochenum *can.* 6.

II. In civilibus. Si Judex, ad quem appellatum est, confirmet sententiam prioris Judicis, sententia appellationis retrotrahitur ad diem, quo prior sententia lata est; quia in civi-

civilibus appellatio non extinguit, sed suspendit judicatum, *l. si causa cognita*, *C. de transact.* Et executio judicati non spectat ad Judicem appellationis, sed ad eum, a quo appellatum est, Glos. in *l. eos*, *C. de appellat.*

III. Si damnatus in criminalibus post appellationem moram trahat, & tempora appellationis labi sinat, quo casu appellatio dicitur deserta, retro infamis est, *d. l. furti in princ.* scilicet, tanquam appellatum non sit, *l. ult. §. illud*, *C. de tempor. appellat.*

Atque hæc de Possessione, & Usucapione, habuimus dicere; suppliciter interim D.O.M. orantes, quo ita nos dirigat, ut ex recto legum Divinarum usu, Regni cœlestis possessionem nancisci, ac veluti usucapere valeamus.



DOMI-



DOMINICI AULISII,

J. C. CLARISSIMI

De Verborum Obligationibus, ad *lib.* 45. *Digestorum tit.* 1.



Erborum obligatio in duo veluti summa genera dividitur. Unum eum præcedente interrogatione, alterum sine interrogatione, Cajus *Instit. lib. poster. tit.* 9. Sine interrogatione, & uno loquente & promittente, contrahitur verborum obligatio in Dictione dotis, & Operarum promissione. Quippe in Dictione dotis hæc verborum formula solemnis erat: *Decem tibi doti erunt, l. nuptura, l. si mulier ita, l. quemadmodum*, §. *pen. ff. de Jure dotium*. Quæ Dictio non erat omnibus permissa, sed vel mulieri, quæ nuptura erat; vel debitori mulieris, si Jussu ejusdem dotem diceret; vel tandem parenti virilis sexus. Ceteris personis licita erat Datio dotis, & Promissio per stipulationem, non Dictio, Ulpianus in *fragm. tit.* 6. *de dotibus, in princ.* Quod quidem Jus etiam hodie viget, nec est immutatum, nisi in hoc, quod ut Promissio dotis omnibus licita est, *l. promittendo, ff. de Jure dotium*, ita etiam Dictio, *l. ad exactionem, C. de dotis promiss l. un. C. de rei uxor. act.* Discrimen inter Dictionem dotis, & Promissionem per stipulationem, est quod illa ex privilegio, hæc ex rigore Juris obligationem parit.

Ex Operarum promissione est, cum Libertus verbis conceptis & solemnibus post manumissionem jurat Patrono, *Operas, donum, munus se præstiturum*, *l.* 7. §. *jurare, ff. de oper. Libert.* Quo tamen casu Libertus non tam Verborum solemnitate, quam Jurisjurandi religione tenetur, Cajus *loc. cit.* Et hic est unus & solus casus, quo de Jure civili ex Jurejurando extra judicium quæritur obligatio. Pactioni autem, quæ alias valet, Jusjurandum robur addit duobus casibus, qui uterque ex Jure Constitutionum est, in Transactione, & in Contractu Minoris, *l. si quis major, C. de Transact. Auth. sacramenta puberum, C. si adv. vendit. l.* 3. *C. si minor se major. dixerit.* Vis enim jurameotorum reliqua tota a Jure Pontificio dependet, Vultejus *discept. cap.* 7.

Præcedente interrogatione contrahitur verborum obligatio in Stipulatione, & Satisacceptione, *l.* 5. §. *stipulatio, cum sequ. ff. eodem*. Et de his duabus sermo est titulo præsenti, nam de reliquis duabus habetur in *tit. de Jure dotium*, & *de Operis Libertorum*. Quare non amplius mirentur, qui quærunt, cur nostra Rubrica in plurali numero concepta sit, *De Verborum Obligationibus*; putant enim non nisi de una Stipulatione hic agi: proinde immutant in hanc aliam, *De Stipulationibus*. Quod inepte fit; nam præter Stipulationem, agitur hic etiam de Satisacceptione,

ne, ita tamen ut sola ejus natura explicetur in *dict. l.* 5.

Est tamen notandum, agi de Stipulatione, non solum hoc titulo, sed & duobus sequentibus, qui sunt, *De duobus reis, & De Stipulatione Servorum*. Quibus explicitis, exponuntur reliqua, quæ ad Satisacceptionem pertinent in *tit. IV.* qui est *de Fidejussoribus, & Mandatoribus*.

Hujus tituli in Pandectis Florentinis tres sunt partes. Secunda incipit a *l. si decem* 48. ubi partim Græce, partim Latine, proponuntur hæc verba τo β' τοῦ *De Verbor. Obligat.* Tertia orditur a *l. si flagitii* 123. Quæ divisio nullo mysterio facta est, sed solum ut titulus amplus & diffusus, multisque difficultatibus implicatus, per eam distinctionem commodius legeretur: ob quam etiam causam tractatio legatorum in tres libros distincta habetur.

Verborum Obligationi Acceptilatio directo contraria est, eamque ipso Jure tollit, quia verborum obligatio verbis tollitur, *l. nihil tam naturale, ff. de regulis Juris*. Eamque definit Modestinus *l.* 1. *ff. de Acceptilat.* his verbis: *Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit ab eodem nexu absolutio*. Explicatur Definitio.

Dicitur, *Liberatio*, quia Acceptilatio non est contractus, ut Verborum Obligatio, sed distractus, seu unus ex modis, quibus Obligatio solvitur, *§. item, Institut. quibus modis tollitur Obligatio*.

Dicitur, *per mutuam interrogationem*: quod tamen falsum videtur, quia Debitor tantum interrogat, hoc modo: *Quod ego tibi promisi, habesne acceptum?* Creditor vero respondet, *Habeo*. Verum Modestinus hic de ea Acceptilatione est locutus, quæ cum Aquiliana stipulatione conjungitur, ubi Creditor interrogat, Debitor respondet. Cum enim per Acceptilationem hæ tantum Obligationes tollantur, quæ ex verbis consistunt; propterea ad ceteras tollendas, exempli gratia, ad tollendas Obligationes ortas ex contractibus, qui re celebrantur, opus est ut Acceptilationem præcedat Aquiliana stipulatio; nam Creditor interrogat: *Quidquid te mihi ex mutui causa dare oportet, tantam pecuniam dare spondes;* Debitor respondet, *Spondeo*. Ex quo Mutui Obligatio transit in Obligationem Verborum; tum subditur Acceptilatio, qua Verborum Obligatio dissolvitur, *§. sed & id, instit. cit. tit.*

Sed si accepto latum fuerit ei, qui non Verbis, sed Re obligatus est, quamvis ipso Jure non liberetur, exceptione tamen doli mali, vel pacti conventi, se tueri poterit, *l. si accepto latum, ff. de acceptilat.* Nam inutilis Acceptilatio utile pactum habet, *l. an inutilis, in princ. ff. cit. tit.* Petrus Faber in *d. l. nihil tam naturale*.

Dicitur *ab eodem nexu absolutio*. Docet Rævardus in *d. l. nihil tam naturale*, Modestinum non de Acceptilatione nuda hic sermonem habere, qua tollitur nuda Verborum Obligatio, sed omnino respexisse ad Acceptilationem per æs & libram, qua sola poterant res nexæ dissolvi, hoc est, res per æs & libram obligatæ. Unde Ælius Gallus *nexi dationem, & nexi liberationem* memorat apud Festum verbo *Nexum est*, & Livius *lib. 6. de Marco Manlio: Inde rem creditori palam Populo solvit, libraque & aere liberatum emittit*. Sed hæc nexus solemnia sustulit Imperator Justinianus.

CAPUT I.

De Stipulationis natura.

Stipulationis definitionem habemus expressam a Pomponio in *d. l.* 5. *§. stipulatio*, in hæc verba: Stipulatio est *Verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumque se, quod interrogatus est, responderit*. Quæ definitio plenior est ea, quam tradit Paulus 2. *sent.* 3. ubi ait: *Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus, respondit*. Explicatur definitio.

Dicitur *Verborum conceptio*, quia promissor interrogationis formulam sequi, & dictata verba concipere debet; iisdem usus, quibus fuerat interrogatus, veluti, *Spondes, Spondeo, Dabis, Dabo, Promittis, Promitto, Fidei tuæ erit, Fidei meæ erit*. Nam concipere verba est ea verba capere, quæ ab alio præeunte dicta sunt. Et hoc etiam sensu *Conceptio jurisjurandi* dicitur in *l. jusjurandum, § si de qualitate*, & *§. non semper, ff. de jurejur.* Quoniam qui jurat, formulam ab eo, qui jusjurandum offert, sequi cogitur; unde ei dicebat, *Præi verbis* Plautus in *Rudente act.* 5. *sc.* 3 Exemplum est apud Suetonium *de Claris Rhetor. Ablutio Silo*. Vide Brisson. *lib.* 8. *de formulis*, Valentiam *hic cap.* 1. *a n.* 5. *ad* 8.

Verum hæc solemnia verba constitutione Leonis remissa sunt, *l. omnes, C de contrah. stipul.* qui voluit, verba quæcunque apta esse, qui-

quibus animus promittendi palam fit; & videtur sequutus sententiam Ulpiani in *l. 1. §. si quis ita, ff. eod.* ubi interrogatus *Dabis?* si responderit, *Quid ni?* obligatur, nam inter adverbia promittendi sunt, *Etiam*, & *Quid ni?* ut ibidem ex Donato Cujacius observat.

Ex his I. constat, stipulationem non posse concipi, nisi utroque loquente, *d. l. 1. in princ.* Unde Menochius 3. *praes.* 5. *num.* 8. opinatur, stipulationem tacitam, quam fingit lex intervenisse pro dote danda vel restituenda, non habere locum, cum alteruter Conjugum est mutus.

Rectius tamen in contrarium communis sententia docet, privilegium tacitae stipulationis eo etiam casu inesse; quia etsi secundum naturam extrema habilia non sint, cum alter Conjugum loqui nequeat, tamen si Jus Operativum attendamus, omnia recte se habent: fingit enim Conjuges servos habere, qui Conjugum nomine stipulentur; nam mutus per servum praesentem recte stipulatur, *d. l. 1. §. 1.* Ita Aretinus in *l. 1. ff. solut. matrim.* aliique apud Bolognetum *ibidem*. Quippe lex ubi aliquid fingit, praestruit ea omnia, quae ad effectum consequendum sunt necessaria. Ideo filium adoptare potest, tanquam ex se natum, etiam qui uxorem non habet, *l. & qui uxorem, ff. de adopt.* Et qui filium non habet, alium in nepotem, tanquam ex filio natum, adoptare non prohibetur, *l. adoptare, ff. cit. tit.* Nempe quia in eo casu lex antecedenter fingit, adoptantem uxore non carere, in isto filium ei non deesse, ut latius diximus in *l. si is, qui pro emtore, ff. de usucap.*

Constat II. stipulationem non posse celebrari cum absente, quoniam exaudire se stipulantes & promittentes invicem debent, *d. l. 1. in princ.* Pugnare videtur *l. eam quae, ff. de donat. int. vir. & uxor.* ubi uxor marito scripsit: *Viginti, quae mihi hac die donationis causa dare voluisti, daturam & restituturam me sine ulla dilatione spondeo.* Et tamen Paulus stipulationem vocat. Verum recte Accursius notat, stipulationem fuisse antecedenter celebratam inter praesentes, deinde in rei testificationem & memoriam eadem die scriptam & missam fuisse epistolam; quae tamen ipsa satis non est ad probandam stipulationem, de qua aliunde constare debet; uti manifestum est ex illis Pauli verbis, ibidem: *Quod si stipulatio commissa non probetur.* Id ipsum indicat Marcellus in *l. Titius, ff. de constit. pec.* Hotom. 7. *obs.* 10. Charondas 1. *Pithanon.* 21.

Dicitur, *Quibus is, qui interrogatur*; nam stipulatio, ut per interrogationem convenit cum satis acceptione, ita per eandem distat a Dictione dotis, & Promissione operarum. In Jure nostro aliquando *Interrogare* ponitur pro *Rogare*, ut eum lex & plebiscitum constitui dicitur, *Magistratu interrogante*, *§. lex est, cum seq. Instit. de jure natur.* Non enim Magistratus interrogabat Populum, sed rogabat, dicendo, *Velitis, jubeatis*, quae verba rogantis sunt, non interrogantis. Unde *Rogationis* nomen legibus datum, ut *Rogatio Voconia* apud Paulum. Nec Populus respondebat, sed suffragium ferebat per tabellas, in quibus, cum sciscebatur lex, erant duae literae signatae, U. R. id est, *Uti Rogas*: at eae, quibus lex rejiciebatur, una litera A. erant inscriptae, id est, *Antiquo*, quod valet, *Nihil novari volo, antiqua probo.* Vide Manutium *de legib. Romanor. pag.* 150. E diverso aliquando *Rogare* vim interrogandi habet, *l. 2. ff. de adopt.* ubi Arrogatio dicitur a *rogando*, quod Cajus, vel Tribonianus potius explicat, *interrogando*. Attento scilicet novo Jure; nam olim Arrogatio per Populi rogationem fiebat, illis etiam verbis, *Velitis, jubeatis.* Vide Gellium 5. *noct. attic.* 19.

Dicitur, *Daturum facturumve*; nam stipulatio vel in dando, vel in faciendo consistit, *l. 3. in princ. ff. eod.* Et sub his verbis intelliguntur etiam non dare, non facere, *l. ubi autem, §. qui id, ff. eod.*

Apparet ex his, stipulationem concipi debere per verba futuri temporis, *Dabo*, *Faciam*. Id ipsum est de verbo *Promittendi*, quod vi & potestate futurum respicit; nam qui facit, aut dat, non promittit; & qui promittit, non dat, nec facit, *l. 1. C. ad legem Falcidiam*. Receptae tamen sunt stipulationes, quae concipiuntur per praesens infinitivi modi, ut *Servum furem non esse, fugitivum non esse*, *l. si ita quis, ff. de evict.* Nempe quia infinitivus modus confundit & miscet tempora, & ideo infinitivus dicitur, Alciatus in *d. l.* 5. *num.* 10. Sed verius est, in his stipulationibus subintelligi *Promittendi* verbum, hoc est: *Promittis servum furem non esse, &c.* Idemque est, si verba modi finiti habeant tractum in futurum, ut *Illum sistas?* *l. stipulatio ista, §. pen. ff. eod.*

Itaque si verba praesentis temporis adhibeantur, stipulatio non est, sed alius contractus, quamvis praecedat interrogatio, & congrua subsequatur responsio. Ut si dixero, *Stichum*

hunc vendis mihi decem? & respondeas, *Vendo*, stipulatio non est, sed Venditio, Alex. in *l. 2. in princ. ff. de reb. cred.* Ita quoque, *Donas mihi hos decem aureos? Dono*, Donatio est, non Stipulatio, Alciatus *loc. cit. n. 9.* Verum si res, quæ donatur, præsens non sit, tunc ut consulatur imperitiæ Tabellionum, verbum *Dono* trahitur ad futurum, ut post Bartolum & Jasonem docet Zasius in *d. §. stipulatio n. 5.* & est Gloss. in *§. aliæ, Instit. de donat.*

Contra prædicta tamen verba definitionis Objicies I. Stipulatio doli ita concipitur, *Promittis, dolum malum habesse, abfuturumque? l. stipulatio ista, § si quis dolum, ff. eodem*, ubi aperte præsens a futuro distinguitur, & de utroque recte stipulatio fit. Ergo stipulatio etiam præsens tempus respicere potest.

Respondetur, hic geminationem esse, & per utrumque idem significari, ut cum dicitur vis ac potestas tutelæ, item exceptio & præscriptio. Quod constat ex eo, quia si omittatur illud, *futurumque*, & dicatur solum, *Dolum malum abesse*, stipulatio eandem vim habet, & futurum respicit, *l. 4. in princ. ff. eodem.* Vel potius, quia qui promittit dolum malum abesse, intelligitur se præstiturum id, quod ex dolo aberit.

Objicies II. Stipulatio illa Ædilitia, *Sanum esse, Furem non esse*, non est neque dandi, neque faciendi. Quare in definitione defectus est.

Responsio est apud Ulpianum in *l. si ita quis, ff. de evict.* ubi ait in hac stipulatione contineri obligationem præstandi id, quod interest, quamvis non exprimatur; quasi dictum sit: *Si servus non est sanus, quanti ea res erit, dari?* Et ob hanc causam utilem stipulationem esse, probat Ulpianus *ibidem*. Itaque est stipulatio præstandi, & respicit tempus futurum, Id ipsum est de stipulatione *dolum malum abesse*, ubi quis intelligitur promisisse, se præstiturum id, quod ex dolo abest, & aberit, *l. 4. in princ. ff. eodem.*

Dicitur *Se*, quia alius pro alio promittens daturum eum, vel facturum, non obligatur, nisi sit subjecta pœna, *d. l. stipulatio ista, §. 1. & §. si quis dolum.* Ita alius adstipulans, id est pro alio stipulans ei dari vel fieri (Adstipulari est alteri stipulari, Cujacius in *l. 5. in fine, ff. eod.*) nullam acquirit obligationem ei, cui adstipulatur, nisi pœna subjecta sit, ut in eadem *l. §. alteri*. Ratio utriusque sententiæ est, quia inventæ stipulationes sunt, ut unusquisque id agat, quod sua interest: at cum pœna subjicitur, mihi pœnam stipulor, non alteri, & jam mea interest.

Excipe I. Cum nostra interest alteri dari, vel fieri; ut si Tutor honorarius Contutori suo administrationem cedat, & ab eo stipuletur rem Pupilli salvam fore, stipulatio valet, quia sua interest; quia ob malam administrationem Contutoris conveniri & ipse potest; *l. 3. ff. de admin. Tutor.* Vide latius in *§. alteri, Instit. de inutil. stipulat.* Ob eandem causam licet stipulari heredi, quia nostra interest heredibus nostris acquiri, *l. continuus, §. ult. ff. eod. l. antiquitas, C. de usufr.*

II. In stipulationibus Prætoriis, quas sic interpretamur, ut cum quis alium facturum promittit, intelligatur promisisse, se effecturum ut ille faciat. Ita est in cautione Judicio sisti, *l. quoties quis in princ. ff. eod.* Et cum Procurator promittit rem ratam Dominum habiturum, *l. si Procurator, ff. rem ratam haberi.*

III. Si servus Jussu meo promittat me daturum, facturumque, ero obligatus ex Edicto, Quod Jussu, *l. 1. §. item si, ff. eod.* Qui tamen servus, quod mihi debetur, acceptum habere non potest, ne fiat conditio mea deterior: imo acceptum habere non potest, ne quidem Jussu meo, *l. pen. ff. de acceptilat.* Nam Edictum Quod Jussu ad contractus pertinet, non ad liberationes, *l. si dubites, §. ult. ff. de fidejussor.* Cujac. 5. *observ.* 36.

Dicitur, *Quod interrogatus est*; nam responsio congrua interrogationi esse debet, & si quid in responsione detrahitur, vel additur interrogationi, vitiatur stipulatio, *d. l. 1. §. si quis simpliciter, cum sequ.*

Excipe I. In summis; nam si stipulanti viginti, spondeam decem, licet sit inutilis stipulatio in excessu, valet tamen in concurrenti summa, id est, in decem, ubi interrogatio & responsio congruunt, ex regula, quod in majori summa inest minor, *d. l. 1. §. si stipulanti:* ut est etiam intelligendus textus in *§. præterea, Instit. de inutil. stipulat.* Non ita se habet in errore; veluti errant locator, & conductor, in mercedis quantitate, & locator viginti se locasse existimavit, conductor decem, nihil agitur, ut est in *l. si decem, ff. locati.* At si e contrario locator putat se locasse decem, conductor se conduxisse viginti, non pluris erit conductio, quam decem, *d. l. si decem;* Labeoni enim placuit, pactionem obscuram vel ambiguam, venditori & locatori nocere, in quorum fuit pote-

potestate legem apertius conscribere, *l. Labeo, ff. de contrah. emt. l. veteribus ff. de pactis.*

II. In rebus pluribus conjunctis, ut si Stichum stipulanti promittam Stichum, & Pamphilum, valida in Sticho stipulatio erit, in quo scilicet interrogatio, & responsio congruit. Ratio est, quia tot sunt stipulationes, quot res: unde duae videntur stipulationes, una utilis in Sticho, altera in Pamphilo inutilis; nec in rebus pluribus utile per inutile vitiatur, *d. l. 1. §. sed si mihi*; de qua tamen regula latius infra.

III. Generatim excipe, nisi Stipulatori diversitas responsionis illico placuerit, Ulpianus in *d. l. 1. §. cum adjicitur*. Quae exceptio pertinet ad omnes casus, in quibus propter diversitatem vel conditionis, vel temporis, vel rei, aut summae, inutilis stipulatio est, ut contra Cujacium *ibidem* est communis Doctorum sententia, quam sequitur Valentia *tract. 3. cap. 5. num. 29.* Et constat aperte ex ea ratione, quam Ulpianus adjicit, nempe quia eo casu ex subsequenti approbatione nova stipulatio contracta esse videtur. Itaque si pure interrogatus, respondeat sub conditione, & Stipulator illico addat, *Placet*, stipulatio posterior utilis est, licet prior inutilis fuerit. Item si interrogatus intra Kalendas, respondeat Idibus; aut si post interrogationem in decem responsum sit viginti, & Stipulator subdat, *Accipio*, Bartolus, Jason, Giphanius, aliique in *d. §. cum adjicitur*. Et quamvis in his casibus videatur potius subsequi interrogatio, quam praecedere; tamen in his, quae in continenti fiunt, non attenditur prius & posterius, *l. lecta, ff. de reb. cred. l. si ita fuero, in fine cum l. seq. ff. de novat. l. petens, C. de pactis.*

Dicitur tandem, *Responderit*; ita scilicet, ut stipulantis & respondentis continuus actus sit, continuus inquam, non physice, sed moraliter; nam aliquod momentum naturae, seu intervallum medii temporis modicum, non vitiat stipulationem, *d. l. 1. §. qui praesens, l. continuus in princ. ff. eodem*. Unde fit, ut tunc continuus actus interruptus dicatur, si intercapedo longa est; & dicitur longa, cum quis post interrogationem, antequam respondeat, ad aliud divertat; quippe eo casu nihil prodest, quamvis eadem die respondeat, *d. l. continuus*. Momentum extenditur etiam ad horam, *l. ult. C. de contrah. stipul.* ibi, *in uno momento horae*. Ita & Sueton. in Augusto *c. 50.* Livius *lib. 5. & 9.* nisi dixerim, *horam* hic pro tempore generatim accipi.

Nec obstat, posse duos reos per stipulationem constitui ex diversis locis; & per consequens ita, ut longum temporis intervallum inter utriusque constitutionem mediet, *l. eandem, §. ult. ff. de duobus reis*; nam animadvertendum est, hodie receptum esse, ut duo rei debendi etiam diversis stipulationibus obligari possint, *l. 3. l. duos in princ. ff. cit. tit.* Et inde est, ut inter eos temporis intervallum non attendatur. Olim in antiqua Jurisprudentia secus erat, cum duo rei una stipulatione constitui debebant, *l. si ex re, §. si ipsi, ff. de stipulat. servor.*

Illud notandum est, pacta etiam iniri posse per interrogationem & responsionem; sed probare oportere, id factum esse animo paciscendi; aliter enim in dubio praesumitur stipulatio, si pacto adjectum sit, *Rogavit Titius, spopondit Maevius*, *l. Jurisgentium, §. quod fere, ff. de pactis.*

Hactenus de Stipulatione nuda, quae & simpliciter Stipulatio dicitur: nunc de Satisacceptione, quam Stipulationem non nudam vocat Cujacius. In *d. l. 5. §. Satisacceptio, ff. eodem.*

CAPUT II.

De Satisacceptionis natura.

HAEc est altera Verborum Obligationis species, quae praecedente interrogatione fit, & etiam Satisdatio dicitur. A Pomponio in *d. §. Satisacceptio* ita definitur: *Est Stipulatio, quae ita obligat Promissorem, ut Adpromissores quoque ab eo accipiantur*. Ubi Adpromissores non sunt, nisi Fidejussores, dicti quod alienae promissioni accedant, *l. in omnibus, ff. de solut. l. si vero, ff. sol. matr.* In aliis tamen libris in *d. §. Satisacceptio* legitur, *Expromissores*. Sed falso, ut notat Alciatus *1. parerg. 2.* nam Expromissor est, qui pro eo promittit, qui efficaciter obligatus non est: ut qui pro servo expromittit centum Domino, si eum manumiserit; vel qui expromittit pro muliere fidejubente, *l. & eleganter, §. servus, ff. de dolo, l. aliquando, ff. ad S. C. Vellejanum.*

Itaque in Satisacceptione duo fiunt. Primo, quis se ipsum obligat: secundo fidejussorem. Et solemnia verba sunt, ut qui fidejussorem tradit, ita interrogetur: *Istum fide tua esse jubes?* & ille respondeat: *Fide mea esse*

jubeo, Cajus 2. *Instit.* 9. Et hæc sunt verba, quæ intelligit Papinianus in *l. postquam in princ. ff. ut Legator. nom. cav.* Species est: relicto sub conditione legato, heres per stipulationem legatario cavit; deinde heres captus est ab hostibus, & conditio extitit. Quæsitum est, an Fidejussores tenerentur; & Papinianus respondit, interim dum apud hostes heres est, non teneri. Cur ita? Cujacius *lib.* 28. *qq. Papin.* rationem esse ait, quia Fidejussor conveniri non potest antequam Reus principalis debeat, *l. fidejussor, ff. de fidejuss.* Et in specie nostra nec debuit heres ante captivitatem, cum legati conditio nondum extitisset, *l. si ita* 45. §. 1. *ff. de legat.* 2. nec debet, dum captivus est, cum in servum nulla cadat civilis obligatio, *l. in personam, ff. de reg. juris.*

Idem fere habet Valentia *tract.* 3. *cap.* 1. *num.* 30. Nempe quia cautio legatorum nomine per stipulationem fit, cujus effectus in id tempus confertur, in quo legati dies cesserit, *l.* 8. *& seq. ff. ut legat. nom.* Quocirca, cum eo tempore, quo conditio extitit, heres utpote servus hostium, ad stipulationem contrahendam, quæ Juris civilis est, personam non habeat, *l. quod attinet*; *ff. de reg. Jur.* propterea nec stipulatio, nec ei adjuncta fidejussio vires habere potest, interim scilicet, dum heres apud hostes manet.

Quæ ratio licet satis probabilis, mentem tamen Papiniani non attingit, qui rationem his verbis expressit: *Quia neque jus, neque persona esset, ad quam verba stipulationis dirigerentur.* Intelligit verba illa Satisacceptionis, *Istum fide tua esse jubes?* quæ diriguntur ad Debitorem, qui satisdat. Quare tempore, quo Satisdatio suum effectum sortiri debet, opus est, ut existat persona Debitoris, qui Fidejussorem fide sua esse jussit: vel eo non existente, existat saltem Jus, quod ipsum repræsentet, ut est hereditas. Quorum neutrum est in specie proposita; non enim existit persona, quia Debitor per captivitatem personam amisit, *d. l. quod attinet*: nec existit Jus, quia licet captus ab hostibus ex lege Cornelia habeatur pro mortuo ab instanti captivitatis, id tamen non est, nisi post captivi naturalem mortem sequutam.

Dices I. Servus naturalis obligationis capax est, *l. naturaliter*, *l. si id quod*, *ff. de cond. indeb. l. servum*, *ff. de oblig. & act. l. si de eo servo*, *ff. de solut.* Ergo in herede isto capto ab hostibus remanet saltem naturalis obligatio, quam contraxit per cautionem, antequam caperetur. Quæ naturalis obligatio satis est, ut ei adhærere fidejussor possit, *l. si pupillus*, *ff. eod. l. Stichum*, §. *naturalis*, *ff. de solut.* Quocirca adest Jus, quod est naturalis obligatio.

Dices II. Adest etiam persona; quia etsi servus de Jure civili pro mortuo censeatur, tamen pro eo Fidejussor intercedere potest, *d. l. naturaliter*, *l.* 2. *ff. de fidejuss. l. si quis*, §. *item si filius*, *ff. eodem.*

Sed ut a postremis ordine Homerico exordiar, dicimus pro servo recte Fidejussorem intercedere in causa peculiari, ut constat ex *d. l. naturaliter*, juxta quam cetera Jura sunt interpretanda: secus vero extra causam peculiarem, nisi servus ex persona Domini capax fiat, Santolaria *interpr.* 15. *num.* 10.

Quoad primum attinet, Valentia hic *cap.* 1. distinguit, ut ex contractu Juris gentium oriatur in servo naturalis obligatio, non item ex contractu Juris civilis, uti est stipulatio. Probat id, tum quia naturalis obligatio potest novari, *l.* 1. §. *illud*, *ff. de novat.* at servus stipulando nequit novare, *l. in personam*, §. 1. *ff. de pactis*, §. *præterea*, *Instit. quib. mod. toll. oblig.* Tum etiam quia soluti ob fidejussionem servi repetitio est, *l. servus in fine*, *cum l. sequ. ff. de fidejuss.* quæ repetitio denegatur, ubi qui solvit, est naturaliter obligatus, *d. l. naturaliter*. Tum demum quia in nostra *lege* Fidejussor pro capto ab hostibus non adstringitur.

Hæc distinctio etsi Santolariæ arrideat, displicent tamen rationes; nam Novatio, Repetitio, Fidejussio, sunt civiles effectus obligationi naturali adjuncti, ut propterea mirum non sit, si non comitentur obligationem naturalem servi. Ipse ergo movetur ex eo, quod obligatio naturalis in servo stipulante nulla potest oriri ob defectum causæ; nam vel orietur ex stipulatione, vel ex pacto insito in ea. Non ex stipulatione, quia inita a servo nulla est, *l.* 1. §. *si quis*, *ff. eodem*. Non ex pacto, quia inutilis stipulatio utile pactum continere non potest, ut dicemus.

Quæres I. Utrum Stipulatio, sive nuda sive non nuda, sit contractus. Et varia Doctorum opinio est. Merenda 13. *contr.* 19. nec conventionem, nec contractum esse docet, sed solum cautionem, qua obligationes firmantur, ut est Obligatio Cameralis, &

Qua-

Quarantigiæ. Accursius in *l. omnem*, *ff. de judic.* & in *l.* 1. *C. ut act. ab hered.* concedit esse conventionem, negat esse vere contractum. Cujacius in *l. Juris gentium*, *ff. de pactis*, & conventionem, & verum contractum esse ait: quæ opinio vera est.

Et quod Stipulatio sit conventio, constat ex *l.* 1. §. *ult. ff. de pactis*, in hæc verba: *Sed conventionum pleræque in aliud nomen transeunt, veluti in Emtionem, in Locationem, in Pignus, in Stipulationem.* Constat etiam ex definitione Conventionis, quæ est, eum negotii contrahendi transigendique causa consensiunt, qui inter se agunt. Et sane Stipulatio ob negotium interponitur, & licet verbis fiat, tamen nisi habeat consensum, nulla est, *d. l.* 1. §. *conventionis*, *cum sequ.* Porro conventio omnis vel pactum, vel contractus est, *d.* §. *ult.* juncta *l.* 2. *ff. cit. tit.* Transactio est pactum, *l. contractus*, *C. de fide instrum.* Stipulatio non est pactum. Ergo contractus est, & contractus vocatur in *l.* 1. §. *si stipuler*; *ff. eod. l. tandem*, *ff. de duob. reis*, *l. contractus*, *C. de non num. pecum concordantibus*.

Meminisse tamen oportet, Contractus nomen dupliciter in nostro Jure accipi; nam aliquando Contractus in specie est conventio, ex qua mutua obligatio nascitur, ut in Emptione, Locatione, & similibus, quæ alio nomine *συνάλλαγμα* dicitur, *l. Labeo*, *ff. de verb. sign.* Et fatemur, Stipulationem non esse contractum hoc sensu acceptum; cum ex ea non obligentur ultra citroque Stipulator & Promissor. Aliquando Contractus in genere sumitur, & est Conventio, ex qua nascitur obligatio, licet ex una tantum parte. Sic Mutuum contractus est, quamvis Mutuatarius tantummodo obligetur, §. *Jus autem gentium*, *Instit. de Jure naturali*. Sic dotis Datio, *l. contractus*, *ff. de reg. jur. d. exigere*, *ff. de judic.* Sic quoque arrarum Datio, *l. contractus*, *C. de fide instrum.* Et hoc sensu Stipulatio verus contractus est, cum sit Conventio, ex qua Promissor obligatur.

Non dissimiliter apud Græcos *συνάλλαγμα* interdum est contractus, qui ultro citroque obligat, *d. l. Labeo*. Sed nonnunquam latius patet ad Mutuum, & ad omnes omnino contractus, uti apud Theophilum patet.

Quæres II. An Stipulatio sit Contractus de Jure civili? Et quidem Joannes eam contractibus Juris gentium accensuit. Movetur I. Quia ut consensus & dissensus eadem est origo, ita & obligationis & liberationis. Sed liberatio contingit per Acceptilationem, quæ est Juris gentium, *l. an inutilis*, §. *ult. ff. de Acceptilat.* ubi Pomponius habet: *Hoc Jure utimur, ut Juris gentium sit Acceptilatio.* Ergo etiam Juris gentium est Stipulatio, per quam contingit Obligatio. II. Quia Stipulatio quacunque lingua fieri potest, *l.* 1. §. *ult. ff. eod.* Ergo Juris gentium est, argumento ex *d. l. an inutilis*, §. *ult.* ubi quia Acceptilatio Juris gentium est, deducit Jurisconsultus eam græce fieri posse.

Communis tamen sententia post Accursium, in quantum ad originem Juris civilis esse docet. Et probatur I. Quia contractus, qui de Jure gentium sunt, peraguntur sine verborum solemnitate, & inter absentes contrahi possunt, *l.* 1. §. *ult. ff. de contr. emt.* Sed Stipulatio exigit, præter consensum, verba solemnia, & solum inter præsentes celebratur, ut dictum est. Ergo de Jure gentium non est, sed de Jure civili, cujus est solemnitas verborum. II. Quia deportatus ex contractibus Juris gentium obligatur, *l. quidam*, *ff. de pœnis*, *l. deportatus*, *ff. de interd.* At ex Stipulatione non obligatur, *l. quoties*, *in fine*, *ff. de novat.* Unde fit, ut Stipulatio contractibus de Jure gentium adnumerari non possit.

Nec obstat, in *l. an inutilis* Acceptilationem dici Juris gentium; nam id absolute non dicitur, sed cum clausula, *Hoc Jure utimur*: cujus clausulæ usus est, ubi aliquid contra rigorem Juris receptum est; *l. jam hoc Jure*, *ff. de vulg.*; *l. hoc Jure*, *ff. de reg. Jur. l. si tamen*, *ff. de testam. tut.* Et sensus est, quod licet Acceptilatio Juris civilis sit, tamen quodammodo in Jus gentium transiit, ex eo quod hodie Acceptilatione tollitur non solum verborum obligatio, sed & quævis alia, invento novandi modo per Stipulationem Aquilianam, *l.* 4. *ff. de transact.* ubi pariter additum est, *Hoc Jure utimur*.

Ceterum Acceptilationem attenta origine esse de Jure civili, constat ex *l. verborum*, *ff. de solut.* ubi Acceptilatione dicitur civiliter tolli obligationem, sicuti naturaliter tollitur solutione. Et ex *l. actus legitimi*, *ff. de reg. Jur.* ubi actibus legitimis Acceptilatio accensetur, id est, a Jure civili introductis, ut sunt Mancipatio, Acceptilatio, hereditatis Aditio, Servi Optio, Datio Tutoris. E contrario quædam secundum originem Juris gentium

tium sunt, nisi vel lege Juris civilis facta sunt, ut Donatio.

Nec rursus obstat, Stipulationem fieri posse quacunque lingua, nam id necessario ita receptum est, ex quo Stipulatio cœpit Juris gentium Conventionibus adnecti, veluti Locationi, Venditioni, & similibus; quæ quacunque lingua fieri solent, Cujacius in *l. 1. §. sed utrum, ff. eodem.*

Quæres III. Quam obligationem Stipulatio pariat? Et dicendum est, si quidem in Stipulatione attendatur civilis verborum solemnitas, eam obligationem civilem producere, unde Stipulatio obligationi naturali opponitur, *l. si ita stipulatus* 126. *§. superest, ff. eod.* & obligationem civilem parere dicitur in *l. ex diverso, §. 1. ff. sol. matrim.* & in *§. de constituta, Instit. de action.* Nihilominus, quia Stipulatio, si non habeat consensum, nulla est, *l. 1. §. adeo, ff. de pactis*; propterea hoc respectu naturalem quoque obligationem inducere dicimus, argumento ex *d. l. 1. in princ.* & *l. heres a debitore, §. servo, ff. de fidejuss.* Et ita docet Glossa post Joannem & Azonem in *d. §. adeo*, contra Aldricum, qui Stipulationem habere in se civile vinculum voluit, non etiam naturale.

His breviter positis, supersunt nonnulla, quæ longiori discussione opus habent. Sit itaque.

QUÆSTIO I.

Utrum Stipulatio sine causa valeat.

IN eam sententiam ut plurimum itum est a Doctoribus, ut credant, Stipulationem sine causa esse nullius momenti. Ita post alios Mantica 14. *de tacitis tit.* 12. Gomez. 2. *variar.* 11. *n.* 3. *cum* 2. *seqq.* Giphanius in *l. hoc jure, a n.* 27. *ff. de donation.*, & in *rubr. hoc tit. qu.* 4. Duarenus in *l. Juris gentium, §. quod fere, ff. de pactis.*

Pro quibus stare videtur Ulpianus in *l. 2. §. circa, ff. de doli except.* ubi habet, Stipulationem fieri quidem posse sine causa, & factam valere stricto Jure, sed infirmari exceptione doli; dolo enim videtur facere, qui sine causa petit. Stipulatio ergo sine verborum conceptione non parit actionem, sine causa exceptione rejicitur.

Non inelegantem rationem addit Duarenus, quia Stipulationes fuerunt inventæ gratia firmandarum obligationum, *d. §. quod fere*. Unde necesse est dicere, Stipulationem esse alicujus conventionis appendicem, & accessionem, & per se sine alia causa inutiliter contrahi.

Sunt tamen, qui in contrarium nituntur, & sine causa Stipulationem valere docent, Emmanuel Soarez 1. *obs. juris* 2. Forcatulus *dial.* 71. *num.* 4. Mendoza 1. *disput.* 4. *num.* 45. Parladorus 2. *quotidian. ∫qu. cap.* 3. *num.* 56. Moti præcipue ex eo, quod nunquam inter capita inutilis Stipulationis recensetur illud, cum Stipulatio causa caret, ut constat ex *tit. Instit. de inutil. stipulat.*

Nos duas propositiones statuimus. Prior est, non dari Stipulationem sine ulla causa saltem tacita. Posterior, eam ab Ulpiano dici Stipulationem sine causa, quæ expressam falsam causam habet.

Et quod attinet ad priorem propositionem, ea patet ex eo, quod nemo nisi ob finem agit, id est ob causam aliquam, nec nisi amens, infans, vel dormiens, sine causa stipulari possit. Semper itaque causa aliqua adest, saltem tacita; quo casu donatio est. Nam si stipulanti, *Dabis mille?* respondeam, *Dabo*, censeor causa exercendæ liberalitatis promisisse, si nulla alia causa subsit. Quod palam fit ex *l. hoc jure, §. ult. ff. de donat.* ubi dicitur: *Sed & hæ Stipulationes, quæ ob causam fiunt, donationem non habent*. Ergo quæ ob causam non fiunt, donationem habent. Nam donatio duplex est, Mera, & non Mera. Non mera est, quæ causam adjectam habet, ut, Dono tibi, quod me præceptis tuis meliorem reddidisti, *l. Aquilius, ff. cit. tit.* Mera e diverso est, cum nullam causam exprimo; tunc adest quidem causa, sed tacita, nimirum liberalitas, *l. 1. ff. cit. tit.* Hinc fit, quod si tibi stipulanti sine ulla causa expressa, promittam, mera donatio sit, Bartolus in *l. nuda ratio n.* 2. *ff. cit. tit.* Ripa in *l. ult. num.* 40. *C. de revoc. donat.* quidquid cum aliis Mantica repugnet.

Neque enim quidquam obstat, quod non sit facta per verbum *Dono*, sed per verbum *Promitto*: certi enim Juris est, donationem non pendere a verbo donandi, sed ab animo dantis, & accipientis, *l. 3. C. de contr. emt. l. si quis conduxerit, l. ex conducto, §. Papinianus, ff. locat.* Quare cum nulla causa exprimitur, perinde est dicere, *Promittis hominem?* ac *Dabis gratia donationis hominem?* Utroque enim casu tacita liberalitatis causa subintelligitur, & erit utrobique donatio.

Ex quo fit, ut perperam se torqueant Doctores circa quæstionem illam, In dubiis quandonam facta donatio præsumatur. Nam breviter

viter dicendum est, cum nulla alia causa dandi aut promittendi subest, tunc donationem censeri. Ratio in promtu est, quia si causa exprimitur, ea a lege attenditur, nisi aliqua in contrarium ratio urgeat: si non exprimitur, tunc lex ipsa eam ex mente contrahentium supplet, & meram liberalitatem intelligit. Omnia constant ex dictis. Verum illud non est prætermittendum, quod si quis exprimendo causam, aliam non assignet, quam liberalitatem, adhuc mera donatio erit. Ita quoque donatio erit, *Do, quia ita mihi placitum est*, *Alex. conf.* 83. *n.* 4 *lib.* 1.

In quantum ad posteriorem propositionem, si Stipulatio fiat cum causa expressa; quæ non sit liberalitas, & ea mox falsa reperiatur, dicitur Stipulatio sine causa ab Ulpiano in *d. l.* 2. §. *circa*, ubi tribus casibus docet agentem ex Stipulatu repelli exceptione doli mali, orta post Stipulationem. Et ut a postremis incipiam, Primo si causa sit finita. Exemplum esto. Domus mea est ruitura, & per refectionem stipulor a te decem: deinde domus solo æquatur, nec amplius refectione opus est, sed reædificatione. Hic, quoniam causa, quæ aderat tempore stipulationis, finita est, ideo possum quidem certi condictione a te petere decem, sed exceptione doli submovebor; improbum enim est petere, causa petendi finita, licet tempore initæ stipulationis nihil dolo admiserim. Secundo, si causa non sit sequuta; ut si crediturus pecuniam, eam sibi reddi stipulatus est, nec tamen credidit. Tertio tandem, *Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur*, verba Ulpiani sunt, *exceptio utique doli mali ei nocebit; licet enim eo tempore, quo stipulabatur, nihil dolo malo admiserit, tamen dicendum est, eum, cum litem contestatur, dolo malo facere, qui perseveret ex ea stipulatione petere*.

Qua verba perperam accipiunt, qui putant, in hac specie nullam intervenisse causam. Verius est, adfuisse quidem causam; quæ tamen deinde Facto vel Jure falsa reperta sit. Id constat ex eo, quod Ulpianus ait, dolum non intervenisse statim initio, cum stipulatio celebrata est, sed tunc demum, cum litem Stipulator contestabatur. Quare causa a principio adfuit, & inde tempore stipulationis dolus abfuit. Verum quia deinde causa hæc falsa deprehensa est, ideo si eo non obstante Stipulator litem contestetur, tunc tandem dolo facit: non secus quam dolo faceret, si causa esset finita, vel non sequuta; est enim contra naturalem æquitatem, ut res mea sit apud alterum sine causa, *l. hæc condictio, ff. de condict. indeb.*

Nec, quod Ulpianus eam stipulationem sine causa appellet, quidquam nos turbet; nam ut ex *tit. ff. de condict. sine causa* patet, id sine causa fieri dicitur, quod fit vel ex falsa causa; ut si putans me tibi debere centum ex mutuo, ea tibi stipulanti promittam; vel ex causa impossibili, ut si Avunculo Nuptura pecuniam doti dederit. Et notandum, *ibidem* ab eodem Ulpiano in *l.* 1. tres etiam casus distingui, in quibus condictio datur, si dedi, quod sine causa promisi, vel ob causam non sequutam, vel ob finitam. Unde docemur, ab eo, qui sine causa promisit, non solum Stipulatorem agentem doli exceptione repelli, *d. l.* 2. §. *circa*; sed datum & solutum condici: imo qui non dedit, potest ipsam condicere obligationem, *d. l.* 1.

Ceterum pro complemento plura notanda sunt. I. hæc vera esse, si ignoratum sit a Promissore causam fuisse falsam: nam si scivit, & tamen promisit, donasse censebitur. Constat id ex *l. Campanus, ff. de oper. libertor.* ubi servus ex causa fideicommissi manumissus, si sciat posse se recusare donum, munus, operas, & tamen se obliget, non inhibetur operarum petitio, quia donasse videtur; & ita verborum obligatio pro donatione est. Constat etiam ex *l. si patronus*, §. *de illa, ff. de donat.* ubi heres, qui scit sibi Falcidiam competere, & non obstante, quod per Falcidiam retinere potest, voluntatem testatoris sequutus, spopondit se daturum, cogi potest ad solida præstanda legata; nam & hic, cum heres nullam causam expresserit, donasse præsumitur, ut patet *ex tit. de donat.* sub quo ea lex posita est.

II. Conditionem Stipulationi adjectam habere vim causæ, Doctores ex *l. a Titio, ff. eod.* & *l. cum ad præsens, ff. de reb. cred.* Veluti si promittam tibi decem, si Romam iveris, causa promissionis est ipsa ad Romam itio: qua cessante, stipulatio nulla est. Quare Paulus de Castro in *l. in navem Saufeji, num.* 4. *ff. locati*, monet valere sponsiones inter mercatores fieri solitas, ut si navis mercibus onusta, salva appellat, qui periculum in se suscipit, sibi lucretur ternos vel quaternos aureos in singula centena, sin minus, pretium totius mercis Domino solvat; nam ipsa conditio causa stipulationi

tioni præbet. Id ipsum post alios probat Decius cons. 115. n. 2. Id vulgo dicitur *Assecuratio*. Hoc trahit Antonius Gomez 2. *variar.* 12. n. 5. ad eam sponsionis speciem, quam nos *Ingaggio* dicimus, Hispani *Appuega*, ut cum dicitur: *Si Mavia masculum pepererit, decem dabis; sin minus, ego tibi tantundem dabo*. Hæc fit pignore, Ovidius 1. *de arte amandi*:

Et quærit, posito pignore, vincat uter.

III. Quoties apud Veteres reperimus exempla stipulationum sine causa adjecta, eas donationibus esse accensendas, ut inter ceteras, est illa apud Plautum, cum Pseudolus, & Callidorus ita stipulationem concipiunt.

P. Roga me viginti minas,
Ut me effecturum tibi quod promisi scias.
Roga. C. obsecro hercle. P. gestio promittere.
C. Dabisne argenti mihi hodie viginti minas?
P. Dabo.

IV. Dum dicimus, actum sine causa expressa inducere donationem, id locum habere in stipulatione, aut promissione ipsa; secus si in chirographo, aliave scriptura, quæ non interponatur ad obligationem producendam, sed ad probandum; ut si dixeris, te debere, sine causæ expressione: quo casu attendendum est, quod statuitur in *l. cum de indebito*, §. *fin. ff. de probat.* ubi si quis confessus est, se alteri decem debere, causa non adjecta, mox neget debitum, adversarius probare tenetur debitum, & debiti causam ostendere. Quod est relatum a Gregorio IX. in *cap. si cautio*, *de fide instrum.* Idque factum est ad exemplum testium, quorum sola & nuda depositio fidem non facit, *l. solam*, *C. de testibus*: & in litibus exercendis eandem vim habent testes, ac instrumenta, *l. in exercendis*, *C. de fide instrum.*

QUÆSTIO II.

Utrum Tabellio pro absente, etiam citra mandatum, stipulari possit.

PUta, Titius hic agens donatum vult Sempronio Romæ commoranti, idest, absenti; & quia absenti facta donatio non valet, *l. in omnibus*, *ff. de oblig. & act.* ideo Titius donator adhibet Tabellionem, qui rem donatam stipulatur Sempronio, & super ea re instrumentum conficit. Quæritur, an hæc donatio ita absenti facta, per stipulationem Tabellionis sibi constet, & valeat.

Et Donellus in *l. stipulatio ista*, §. *alteri*, *num.* 33. *ff. eod.* generatim docuit, hoc genus stipulationis, sive pro donatione, sive pro quacunque alia causa interponatur, Juri esse contrarium. Et in specie donationis Hotomanus 4. *obs.* 10. Giphanius in *l.* 35. *C. de donat.* volunt, hujusmodi donationem subsistere non posse: quam opinionem deinceps Antonius Faber *dec.* 44. *err.* 2. omni nisu firmare conatus est. Idque ex vulgata regula, neminem alteri recte stipulari; cum inventæ sint stipulationes, ut quisque sibi acquirat, quod sua interest: at vero plerumque nostra non interest, alteri dari, *d. l. stipulatio ista*, §. *alteri*; ut propterea Tabellio alteri stipulando nihil agat, nullamque donatario neque directam neque utilem actionem acquirat, cum donatario acquiri nihil sua intersit.

Ita tamen hoc temperat Faber *loc. cit. nu.* 5. *& sequ.* ut stipulatio hæc nullum robur habeat, quia stipulatio est, & e diverso valeat, ut pollicitatio est: nempe quia ex Justiniani constitutione actio condictitia, vel quod idem est, condictio ex lege acquiratur ei, cui per pollicitationem donatum est, *l. si quis argentum*, §. *sed siquidem*, *C. de donat.* Sed in hac sententia non diu Faber constans fuit; nam in *ead. dec.* 44. *error.* 3. *nu.* 6. palam contestatus est, donationem per Tabellionis stipulationem factam omnino inutilem esse, & qua stipulatio est, & qua pollicitatio, ut Justiniani constitutione subsistere non possit. Qui enim donandi animo promisit stipulanti, non aliter vult aut donationem valere, aut se obligatum esse, quam si valeat stipulatio. Ideo si qua ratione stipulatio sit inutilis, donationem quoque inutilem esse necesse est, ut ne quidem in vim pacti defendatur stipulatio: siquidem inutilis stipulatio pactum in se utile non habet, *l.* 1. §. *cum qui inutiliter*, *ff. de constit. pec. l.* 1. §. *si quis ita*, *ff. eod.* Si modo excipias Acceptilationem, quæ licet per stipulationem inutilem interponatur, continet tamen pactum utile de non petendo (veluti si pro tollenda mutui obligatione acceptum feratur sine Aquiliana stipulatione) si is, qui accepto tulit, stipulationem inutilem esse nesciebat, *l. an inutilis*, *ff. de acceptilat.* ubi Azo: favore nimirum liberationis, ad quam semper debemus esse propensiores, *l. Arrianus*, *ff. de oblig. & act.* Excipiendus est etiam favor dotis, ex *l. Cajus*, *ff. solut. matr.* ubi Avus maternus dotans Neptem, pactus est cum stipulatione dotem Nepti resti-

restitui. Stipulatio quidem inutilis est, quia nemo alteri recte adstipulatur; tamen ex pacto Nepti actio utilis acquiritur, ne commodo dotis fraudetur.

Quod si Fabro objicias, Patrem infanti emancipato posse donare, si servus idoneus pro infante donationem stipuletur: id est, servus Infantis, vel si hic desit, servus publicus, *l. si quis in emancipatum, C. de donat.* juncta *l. si pupillus absens, ff. rem pupilli, & l. 1. §. exigere, ff. de magistr. conven.*

Respondet Faber I. stultum esse, Tabelliones servis publicis comparare; nam inde consequens esset, Tabellionem caput nullum habere in Civitate, ut nec servus habet, sive publicus ille sit, sive privatus. Sicut hoc falsum est, ita & falsum erit id, unde sequitur.

II. Licet demus, hanc Servi publici, & Tabellionis comparationem recte institutam esse, non tamen inde fit, posse Tabellionem stipulari pro donatario absente & ignorante, cum neque id servis publicis unquam permissum fuerit. Casus enim *d. l. si quis in emancipatum* singularis est, ita statutus favore Infantis, qui neque per se stipulari potest, neque alteri mandare, ut suo nomine stipuletur, cum fari nesciat; receptum enim est, posse aliquid contra Juris rationem pro Infante constitui, *l. si Infanti, C. de Jure deliber. l. 1. ff. de bonor. possess. fur.* ut latius ipse Faber prosequitur.

Communis tamen consuetudo, tota Europa recepta, statuit, Tabellionem recte pro donatario absente stipulari, ex quo utilis actio ipsi donatario acquiratur, dummodo eam stipulationem aliquando ratam habeat. Sic Bartolus in *l. 2. ff. rem pup. salv. fore*, Soccin. Jun. *cons.* 117. *col. pen. lib.* 2. aliique communiter apud Covarr. in *rubr. de testam. par.* 3. *n.* 13. Quæ sententia & consuetudo probabili ratione nititur. Quod ut plene intelligamus, quædam tum de servis publicis, tum de Tabellionibus & Tabulariis præfanda sunt, ex harum enim rerum ignoratione mirum est, quanta caligo huic quæstioni offusa sit.

Servi publici erant, qui ære publico emti, interdum Civitatum & Provinciarum rationes tractabant, eoque Archio præficiebantur; ut aperte constat ex T. Livio *lib* 43. in hæc verba: *Censores ex templo in atrium Libertatis adscenderunt, & ibi signatis tabellis publicis, clausoque tabulario, & dimissis servis publicis, negarunt, &c. l. generali, C. de tabular. lib.* 10. Tabularium est, ubi tabulæ, & instrumenta publica, monumentaque rerum gestarum, actarumque, asservabantur, ut hinc patet, & ex Cic. 2. *de nat Deor.* quodque Plinio & Vitruvio *Tablinum* dicitur, & in *l. moris est, ff. de pœnis*, græce, *Grammatophylacium*, & *Archium* nuncupatur, ut notat Budæus in *annotat. reliquis*. Huic Servi publici præfecti erant. Erant etiam alii Servi publici aliis muneribus propositi. Vellejus *lib.* 2. *Ad quem (Marium) interficiendum missus cum gladio Servus publicus.*

Eos habebant etiam Municipia, quæ per ipsos Jure singulari poterant possessionem acquirere tam ex causa peculiari, quam extra peculiarem, *l. 2. ff. de acqu. poss. l. sive autem, §. ult. cum l. sequ. ff. de Public.*

Hi etiam, quia Reipublicæ servi erant, recte stipulari pro Republica poterant, eique stipulando acquirere, *l. Cajus Sejus, ff. de usuris*; non enim alia ratio in servo publico, quam privato, esse debet, qui Domino etiam ignoranti & invito stipulando acquirit, *l. servus vetante, ff. eod. l. etiam* 32. *ff. de acq. rer. dom.*

Verum quia utilitas, quæ ex servo publico percipi potest, etiam ad privatos pertinere debet, factum inde est, ut pro quovis privato is stipulari possit. Quod perperam negat Faber; nam etsi in *d. l. 1. §. exigere, ff. de magist. conven.* Ulpianus scribat, pro Infante, qui servum non habeat, stipulari debere servum publicum; tamen id non favore Infantis solius receptum est; nam ipse Ulpianus in *l. pupillus absens, ff. rem pupil. salv. fore* scribit, hoc idem esse, si pupillus absens sit, licet fari possit.

Nec tamen inde concludi potest, quod si non est favore Infantis, erit saltem favore Pupilli, ut pro eo Servus publicus stipuletur: nam neque id verum est. Ecce, in *l. non aliter, ff. de adoption.* Servus publicus stipulatur pro aliis, quam pupillo. Cum quis pupillum sibi in filium arrogat, opus est ut caveat, se restituturum bona pupilli illis, qui pupillo morienti heredes ab intestato sunt, vel substitutis pupillaribus, si quos a Patre habet in testamento datos. Hanc cautionem stipulatur Servus publicus, *d. l. non aliter*. Quare jam Servus publicus stipulatur non pro Pupillo, nec cum eo; sed cum Patre arrogatore pro Pupilli heredibus.

Maneat ergo, servum publicum pro omnibus stipulari, non tamen semper, sed aliqua necessitate ita suadente; nam pro pupillo absente, vel infante, ita demum itur ad servum pu-

publicum, cum is servum proprium non habet. Ita etiam servus publicus ex necessitate quadam stipulatur pro pupilli heredibus; nam heredes hi stipulari per seipsos nequeunt, cum incertum sit, quinam futuri sint, pupillo vivo. Id ipsum est in *d. l. si quis in emancipatum*, *C. de donat.* Species ita se habet. Finge patrem filio infanti, quem emancipaverat, donatum velle. Sane non potest ipse Infans donationem acquirere, seu recipere, quia rei affectum non habet: neque Pater, idemque legitimus tutor, ei hac parte tutor esse potest, quia in rem suam nemo auctor est. Quid igitur? quoniam alia via hic nodus expediri nequit, placuit ut Servus idoneus adhiberetur, id est, proprius, si adsit; sin minus, publicus, qui nomine Infantis donationem stipuletur. Alius casus est, si extraneus huic Infanti emancipato donare velit; nam perfici stipulatio posset auctore tutore, id est, Patre ipso, ut Joannes notat, & monet Gothofredus in *d. l. si quis in emancipatum*, *C. Theod. de donat.*

Ceterum his casibus stipulatur servus pro alio, non quia servus, sed quia publicus. Quod palam fit ex eo, quia Imperator Arcadius removit a Tabulario servos publicos; voluitque ad id muneris non alios, quam homines liberos assumi, *l. generali*, *C. de Tabular. lib.* 10. Quocirca jam tempore Justiniani, qui diu post Arcadium floruit, Tabularii amplius servi publici non erant, sed liberi homines: & tamen hi, licet liberi, cum Patre arrogatore ex Justiniano stipulantur pro pupilli heredibus, ut olim servi publici. Constat id ex §. *cum autem impubes*, *Instit. de adopt.* in hæc verba: *Quibus conditionibus arrogatio fit, id est, ut caveat Arrogator personæ publicæ, hoc est, Tabulario, si intra pubertatem Pupillus decesserit, restituturum se bona illis, qui si adoptio facta non esset, ad successionem ejus venturi essent.* Idem habet Theophilus. Sic liber homo ex hoc, quod publicus est, licite pro alio stipulatur. Et hac de causa in *d. l.* 2. §. *exigere* ad stipulandum pro Pupillo admittitur non modo Servus publicus, sed Magistratus, nempe quia publicus est.

Progrediamur modo ad Tabelliones. Hi sunt, qui contractuum, & testamentorum instrumenta conscribebant, *Nov.* 44. *de Tabell.* *Nov.* 97. *de instrum. caut. l.* 1. *C. Theod. de crim. falsi*, cum aliis collectis a Gothofredo ad *l.* 1. *C. Theod. de decurion.* Et recte describuntur a Suida *v.* ταβελλίων, ita: ταβελλίων ὁ τὰ τῆς πόλεως γράφων συμβόλαια, ὁ παρὰ τοῖς πολλοῖς νομικὸς λεγόμενος, idest: *Tabellio est, qui Civium instrumenta scribit, & a multis Nomicus*, id est, *Juris studiosus dicitur*. His consimilia habet in *v.* πρακτικὸς ἐμπειρικός. Ideo autem dicti *Nomici*, quia in ipsis aliqua saltem legum peritia desideratur, *Nov* 66. §. 1. *in princ.* At νομικὸς melius interpretabimur *Legitimus*, quod acta legitima reddat.

Sunt ergo Tabelliones, quos vulgo dicimus *Notarios*, omnino alii a Tabulariis, qui archio præficiebantur. Quocirca Tabellio & Tabularius invicem distinguuntur in *d. Nov.* 44. ubi instrumentum profertur completum a Tabellione, & subscriptum a Muliere literarum ignara, Tabularii manu, ut *gl.* Dionysii habet; quamquam male confundantur a Goveano 2. *lect.* 10. & Forcatulo *dial.* 98. *num.* 3. ut etiam ante ipsos confudit Accursius in *d. l. si pupillus absens*, & *d. l. non aliter*.

His ita positis, facile patet opinionem communem Doctorum probabili ratione niti; cum ait posse Tabellionem pro donatario absente valide stipulari, etiam citra mandatum; quandoquidem ideo Tabulario, sive servo sive libero homini, fuit olim licitum alteri stipulari, quia publica persona censebatur. Ergo Tabellio recte hodie alteri stipulatur, quia & ipse publica persona est. Nulla enim ratio disparitatis adest, cur uni publico Viro non liceat, quod alteri licet; quoties id ei solum licet, quia publicus est, & non alia de causa.

Petes, cur olim Tabulario hæc stipulandi potestas concessa fuit, non Tabellioni; hodie vero e contrario concessa sit Tabellioni, & Tabulario adempta? Responsio facile occurrit, quia olim instrumenta omnia, etiam singulorum Civium, licet a Tabellione scripta, apud Tabellarios tamen fiebant, & apud eosdem reponebantur: unde ipsi chartas debitorum tractabant, *l.* 3. *C. Theod. de indulgentiis debitorum:* item prodebant debitorum nomina, *l.* 16. *C. Theod. de exaction.* Id ipsum est de testamentis, quæ in æde deponi dicuntur in *l. cetere*, §. *fin. ff. fam. ercisc.* Nam Tabularium erat in æde Libertatis, Livio teste. Augustus testamentum deposuit apud Virgines Vestales, Suet. in *Augusto cap.* 100. Hodie vero secus est, nam a Tabellionibus instrumenta conficiuntur, coram se ipsis, & ab iisdem asservantur. Propterea in quantum ad

ad hoc vicem Tabulariorum hodie subeunt ipsi Tabelliones. Quo magis magisque nostra sententia firmatur; nam si in illorum locum hi subrogati sunt, consequens est, ut quod ipsis licitum erat, liceat & istis, argumento ex *l. si eum*, *§. qui injuriarum*, *ff. si quis caution.*

Cum vero Faber ait obstare regulam, qua nemo potest alteri stipulari, nisi sua intersit; dicimus, eam locum habere in personis privatis, cessare in publicis, ut ex dictis constat. Imo publica persona, cum pro absente stipulatur, quodammodo agit quod sua interest; sua, in quantum, non ut privatus homo est; sed sua, ut publicus.

Hinc colligitur I. recte alterum ex Conjugibus donare Filio primo nascituro in sponsalibus, stipulante pro eo ipso Tabellione, ita ut Filio, cum natus fuerit, actio præstanda sit, Guil. de Bened. in *cap. Raynutius num.* 197. *de testam.* Guid. Pap. *quæst.* 267.

Id tamen male probant ex *l. inter virum*, *ff. de pact. dotal. l. si interdum*, *ff. de pactis*, *l. Divi*, *in princ. C. de natural. lib. l. si quis operas*, *ff. de oper. libert.* Nam in his legibus non agitur de donatione facta Filio nascituro, ut est in specie nostra; sed agitur de donatione inter præsentes facta, addito tamen pacto, ut si Filius nasceretur, ad eum donatio rediret. Quo casu stipulatio utilis est, quia facta inter præsentes, & propterea pactum in ea additum, utile etiam est, *l. pacta conventa*, *ff. de contr. emt. l. pater pro filio*, *Cod. de pactis*.

Melius ergo probatur ex *d. l. non aliter*, *ff. de adopt.* juncto *d. § cum autem impubes*, *Instit. cit. tit.* ubi homo publicus recte stipulatur pro pupilli heredibus, quicunque futuri sint, quamquam tempore stipulationis adhuc non nati.

Objicies cum Hotomano 4. *obs.* 18. ad donationem exigi affectionem & acceptionem donatarii, sine qua evanescit, *l. Seja*, *ff. de mort. causa donat. l. quidam referunt*, *ff. de Jure codicill.* Quæ affectio & acceptio non est in non nato, imo nec in infante *l. 3. C de acq. possess. l. si quis*, *C. de donat.* Quod etiam habet Giphanius *n.* 21. Henricus Bocerus *de donat. cap* 1. *num.* 2.

Sed dicendum est, nos vel per nosmetipsos acquirere, vel per alium. Primo casu requiri nostram affectionem & acceptionem. Secundo non item, cum satis sit, hæc esse in eo, qui nobis acquirit. Quod patet exemplis; nam cum ad possessionem opus sit affectione detinendi, factum est ut furiosus & infans, quorum affectio nulla est, non possint possessionem per seipsos adipisci. Receptum tamen est utilitatis causa, ut eam acquirant auctoritate tutoris, vel curatoris: nam illorum judicium horum auctoritate suppletur, *l.* 1. *§. sed furiosus*, *l. quamvis*, *§. infans*, *ff. de acq. possess.* Ita quoque receptum est, ut iidem acquirant possessionem per servos, tum in aliis casibus, *d. §. infans*, tum præsertim in donatione, *d. l. si quis in emancipatum*. Quocirca in specie nostra, licet filii nondum nati nulla affectio sit, non tamen inde fit, ut per publicam personam ei acquiri non possit, quæ ejus nomine stipuletur.

Colligitur II. ex hac stipulatione donatario absenti actionem acquiri, & quidem utilem, sine Tabellionis cessione; nam in *l. non quasi*, *ff. rem pupilli*, Ulpianus sermonem habens de stipulatione per servum publicum rem pupilli salvam fore, ait: *Non quasi ipso Jure pupillo acquirat* (*neque enim acquirit*) *sed utilis actio ex stipulatu pupillo datur.* Idem habetur in *l. 1. §. exigere*, *ff. de Magistr. conven.* in hæc verba: *Plane ubi servus publicus, vel ipse Magistratus, stipulatur, dicendum est, utilem actionem pupillo dandam.* Ergo eodem modo, ubi absenti Tabellio stipulatur, ipsi absenti utilis actio sine cessione acquiritur.

Alia tamen est sententia Fabri *decis.* 47. *err.* 2. *num.* 13. *& seqq.* qui hæc vera esse fatetur, servo publico stipulante; qui cum sibi nihil, & in consequens neque directam actionem acquirere possit, acquirit alteri utilem. At negat locum habere in Tabellione, qui cum homo liber sit, sibi directam actionem acquiret, quam deinde cedere tenebitur ei, cui adstipulatus est. Movetur exemplo Procuratoris, qui eam actionem, quam stipulando acquirit, cogitur actione mandati cedere Domino, *l possessio*, *§. fin. ff. de. acqu. possess.* ita tamen, ut in specie nostra, ubi mandatum abest, competat donatario actio negotiorum gestorum, ut cedat, quæ actio solet competere, cum deficit actio mandati, *l. mandati*, *ff. de negot. gest. l. ex mandato*, *§.* 1. *ff. mandati*.

Negamus tamen I. exemplum; nam Procurator, ubi Domino stipulatur, non sibi directam, sed Domino utilem actionem sine cessione acquirit, *l. causa*, *§. ult. ff. de procurat.* ibi: *Et licet Procuratori commissa sit stipulatio, tamen Domino erit danda utilis ex stipulatu actio:*

N 2 dire-

directa penitus tollenda. Quem textum frustra Faber Triboniano imputat. Et ratio est, quia tunc quis acquirit sibi directam actionem, cum sibi stipulatur: quod non facit Procurator, qui stipulatur non sibi, sed Domino, ita: *Promittis Titio Domino meo?* vel *Mihi ut procuratori Titii?* Quare utilem tantum Domino acquiret; quia stipulari per Procuratorem *utilitatis causa*, id est, negotiorum expediendorum gratia, receptum est, *l.1.l.per Procuratorem*, *C. de aequ. possess.* Paulus 5. *sent.* 2.

Neque obstat Papinianus in *d. l. possessio*, §. *fin.* ubi *Evictionis actio Domino contra Venditorem, invito Procuratore, non datur: sed per actionem mandati eam cedere cogitur.* Nam hic sermo est de Procuratore, qui rem emit nomine suo, licet mandato Domini, ut propterea sibi directam actionem, non Domino utilem, quaerat.

Negamus II. in *citt.ll.* Servum publicum ideo Pupillo actionem utilem acquirere, quia servi publici nihil acquirere possunt; negamus, inquam, tum quia in *d. l.* 1. §. *exigere*, sermo est etiam de Magistratu, seu Praetore Tutelari, qui sibi recte acquirit: tum etiam quia falsum est, servos publicos Populi Romani nihil sibi acquirere potuisse: nam dimidia parte testamenti faciendi Jus habebant, ut ex Ulpiano in *tit. de testam.* notat Goveanus 2. *lect.* 10. *in fine*.

CAPUT III.

De effectibus Stipulationis.

SI generatim sermo sit, Stipulatio operatur, ut actus, cui adjicitur, firmior sit: quod tradit Paulus 5. *sent.* 8. in haec verba: *Obligationum firmandarum gratia Stipulationes inductae sunt.* Et inde Stipulatio nomen sortitur a *Stipulo*; *Stipulum* enim Veteres firmum appellarunt, ut ibidem notat Paulus, & Justinianus in *Instit. hoc tit.* Haec tamen generalis propositio, ut recte intelligi queat, examinanda est in variis actuum generibus, quibus Stipulatio adjici solet. Et I. videamus de viribus Stipulationis in Pactis.

Pacta Jure Civili nihil operantur, ut quae ipso Jure nec actionem, nec liberationem tribuunt; ideoque Debitor, qui de non petenda pecunia cum Creditore paciscitur, adhuc eam debet, nec est ullo modo liberatus, *l.3.§.1. ff. de constit. pecun. l. creditori, C. de pactis.* Jus enim Civile certos constituit modos solvendae aut inducendae obligationis, in quibus Pacta non sunt, ut *lib. 3. Instit.* patet.

Verum Praetor cernens, nihil esse tam fidei congruum, quam pacta servari, in Edicto ait, *Pacta conventa servabo*, *l. juris gentium*, §. *Praetor*, *ff. de pactis*. Quibus verbis Praetor voluit, ut ex pacto concedatur liberatio, non quidem ipso Jure, sed per exceptionem, *d. l. juris gentium*, §. *sed cum nulla*. Quare qui pactus est non petere, si petat, de Jure honorario pacti exceptione repelletur a Debitore, qui eodem Jure dicitur jam liberatus, *d. l. 3. §. 1. & d. l. creditori*.

De Jure vero naturali omnia secus sunt, nam ex pactis naturalis obligatio nascitur, *l. in his*, §. *Imperator*, *ff. de solution.* ubi ex pacto usurae naturaliter deberi dicuntur, ex stipulatione civiliter. Item naturalis obligatio tollitur, *l. Stichum*, §. *naturalis*, *ff. cit. tit. l. qui exceptionem*, § *ult.* juncta *l. si non sortem*, §. *libertus*, *ff. de condict. indeb.* Cujacius in *d. l.* 1. *in princ. ff. de pactis*.

Hinc ut pacta efficacia de Jure civili sint, opus est, ut eis Stipulatio addatur, competet enim ex stipulatu actio. Quocirca Paulus 2. *sentent.* 22. consuluit, ut omnibus pactis Stipulatio subjiciatur, ad hoc ut ex stipulatu actio nasci possit: & Ulpianus notat, fere novissima parte pactorum ita solere inseri: *Rogavit Titius, spopondit Maevius*, *d. l. juris gentium*, §. *quod fere*. Ita ergo Transactio pactum est, non contractus, & a contractu separatur in *l. contractus*, *C. de fide Instrum.* Propterea cum simplex est, solo pacto inita, non extinguit actionem, licet eam exceptione pacti elidat: at actionem extinguit, si fiat per Aquilianam Stipulationem, & Acceptilationem, *l. si superstite*, *C. de dolo.*

II. Videamus de effectibus Stipulationis in Contractibus Innominatis. Et quidem ipsis Stipulatio robur addit primo, quia in articulo *Do ut facias* locum habet poenitentia ex parte ejus, qui adimplevit, & potest is quod dedit repetere, tanquam causa data, causa non sequuta, *l. si pecuniam*, *ff. de condict. causa data*. Exempli gratia, ita convenitur: *Dabo tibi Stichum, ut Capuam eas:* deinde ego tibi Stichum dedi, antequam tu Capuam ire pergas, id est, re integra: licet mihi poenitere, & Stichum condicere; ita tamen, ut si quos sumtus ob iter jam erogasti, rependam quod tua interest, *d. l. si pecuniam*, *in princ.* Quae poenitentia non est licita ei, qui rem accepit;

nam

nam hæc pœnitentia faceret injuriam ei, qui dedit, & jam ex parte sua adimplevit, ut *ibidem* notat Accursius, verbis; *Sed cum liceat pœnitere*. Hæc eadem locum habent in articulo, *Do ut des*; qui articulus similis est emtioni, ut articulus *Do ut facias*, proximus est locationi; & sicuti emtio cognata est locationi, ita hi articuli inter se.

Id ipsum est, si quis facere promisit, antequam sibi detur, faciat, seu in faciendo antevertat; nam si factum sit revocabile, pœnitentia licita erit. Puta ita conventum est: *Dabo Stichum, ut equum tradas*. Tu antevertisti me, & equum tradidisti, priusquam ego tibi dem Stichum. Tibi pœnitere licet: nulla enim ratio præstari potest, cur danti licita sit pœnitentia, facienti non item, quoties factum est revocabile. Nec obstat *l. cum mota*, *C. de transact.* ubi denegatur pœnitentia: nam in eo textu conventio hæc, *Dabo partem bonorum, ut a lite discedas*, fuit interposita ob transactionem; & transactio semel bona fide finita, non rescinditur, *l. quamvis*, *l. sub prætextu*, *C. cit. tit.* quia publice interest lites dirimi, *l. ult. ff. pro socio*, *l. quidam*, *ff. de reb. cred.*

Ex his constare potest, pœnitentiæ locum esse etiam in duobus reliquis articulis, *Facio ut des*, *Facio ut facias*, si factum sit revocabile. *Facio ut facias*, similis est Mandato reciproco: sed *Facio ut des*, nulli civili negotio comparatur, ut monet Cujacius in *d. l. Juris gentium*. Fortasse tamen, si agit, qui dedit, est *Do ut facias*; contra si agat, qui fecit, est *Facio ut des*. Sed meminisse oportet, in his omnibus articulis, re ex utraque parte integra, utrique Contrahenti indistincte licitam esse pœnitentiam, altero invito, Doctores communiter in *d. l. si pecuniam*.

Jam si his articulis subjiciatur Stipulatio, robur accipiunt, & pœnitentiæ locus amplius non est, Bart. in *l. 2. in fine*, *C. de condict. ob causam*, Bald. in *d. l. quamvis*, *C. de transact.* aliique communiter. Constat id ex *l. emtionem*, *C. de rer. permut.* ubi quidam dederat tot frumenti modios, ut certum olei pondus acciperet, qui est articulus *Do ut des*: ait Imperator, si pondus olei datum non sit, posse frumentum solutum condici ob causam non sequutam, si conventio facta fuit citra Stipulationis solemnitatem. Ergo Stipulatione interposita, res data nequit condici, id est, pœnitentiæ locus non est, ut etiam traditur in *l. cum precibus*, *C. cit. tit.*

Neque nos moveat, Donationem mortis causa etiam stipulatione interposita, revocabilem esse pœnitentia Donatoris, *l. qui mortis*, *l. Senatus*, *ff. de mortis causa donat.* Nam id ex voluntate Contrahentium accidit; nam qui mortis causa donat, sibi magis velle dicitur, quam Donatario; aliter enim inter vivos donasset, *d. l. Senatus*, §. 1.

Addit secundo robur Stipulatio Contractibus Innominatis, ex eo quod qui adimplevit, potest eum non solum pœnitere, & recipere quod solvit; sed etiam agere, ut qui recepit, & ipse adimpleat; ita tamen ut is non possit cogi ad præcise adimplendum, sed præstando id, quod interest, liberatur, etiamsi de re certa sermo sit, *l. naturalis*, §. 1. *ff. de præscr. verb.* Exempli gratia, Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares; possim condictione causa data repetere Scyphos, si velim; vel relictis tibi Scyphis, agere præscriptis verbis, ut damneris mihi, quanti interest mea, Stichum non accepisse, *d.* §. 1.

Secus est, si Contractui Innominato subdita sit Stipulatio; tunc enim contractus firmior redditur, & Debitor ad præcise adimplendum cogi potest, si res certa sit. Nam in Contractibus Nominatis, uti est Stipulatio, regula est, ut aliud pro alio, Creditore invito, solvi non possit, *l. 2. §. mutui datio*, *ff. de reb. cred.* *l. cum, a quo, cum sequ.* *C. de solut.* Quod verum est in Obligationibus certis, non etiam in incertis, ut infra disputabimus. Hæc tamen omnia, scilicet, ut non sit locus pœnitentiæ, & ut præcise Debitor dare cogatur, intelligenda esse putat Alciatus hic in *rubr. prælect.* 1. *nu.* 29. si Actor certi condictionem ex stipulatu eligat; nam si ea relicta, proponat actionem præscriptis verbis, omnia secus se habere ait, id est, & eum, qui adimplevit, pœnitere posse, & qui non adimplevit, solvendo id, quod interest, liberari. Hoc tamen falsum esse infra patebit; cum docebimus, Stipulationem in continenti adjectam contractibus, tam stricti Juris, quam bonæ fidei, vel extinguere actionem antecedentem, vel prohibere ne ea nascatur, *l. duo*, *ff. pro Socio*, *l. 6. §. ult. cum l. sequ. ff. de novat.* Quare ubi Contractus Innominatus celebratur per Stipulationem, non

non alia actio, quam ex stipulatione, competet, sublata omnino actione præscriptis verbis; unus enim est contractus, non duo, ut in citatis Juribus.

Non omittendum hic, ex tribus articulis, *Do ut des*, *Facio ut facias*, *Do ut facias*, dari actionem civilem præscriptis verbis, ita dictam, quia oritur ex præscripto, id est, ex conventione, nam ita *Præscriptum* interpretatur Ulpianus in *l.* 1. §. *in conducto*, *ff. depositi*, quæ est ad quanti interest, *d. l. naturalis*, §. 1. At in articulo *Facio ut des*, aliud est; nam si postquam feci, cesses dare, nulla erit civilis actio, & ideo prætoria de dolo dabitur, *d. l. naturalis*, §. *quod si faciam*, & *l. solent*, *ff. de præscr. verb. l. sum proponas*, *C. de dolo*.

Magna quæstio est, cur ita statutum sit. Et Alciatus 5. *paradox.* 7. post rejectas Veterum in hac re sententias, docet, ideo in articulo *Facio ut des* non dari actionem præscriptis verbis, sicut in articulis ceteris, quia facta ut plurimum repeti non possunt: quare visum est generaliter introducere, ut ageretur de dolo. Quæ ratio recipi non potest; nam pro repetendo non est prodita actio præscriptis verbis, sed condictio causa data, *d. l. si pecuniam*, *ff. de condict. causa data*: actio enim præscriptis verbis est ad id, quod interest, *d. l. naturalis*, §. 1. Itaque ex eo, quod facta ut plurimum repeti non possunt, fit solum ut cesset condictio, non item ut denegetur actio præscriptis verbis.

Alto ergo nos vertamus oportet. Placet, ut cum Cujacio *loc. cit.* dicamus, rationem pendere ex eo, quod actio civilis præscriptis verbis non datur, nisi ex negotiis, quæ vicina & proxima sunt civilibus habentibus nomen: propterea recte datur ex *Do ut des*, quod affine est emtioni, ex *Facio ut facias*, quod mandato simile est, & ex *Do ut facias*, quod proximum est locationi. At nequit impertiri ex *Facio ut des*, quod nec locationi, nec alii negotio civili comparari potest. Confugiendum igitur fuit ad subsidiariam Prætoris actionem de dolo; quippe dolose gessisse videtur, qui scivit me facere; nec post factum dat, quod convenit.

Si vero dolus absit, actionem in factum prætoriam dari, consequens est. Hic enim fere est omnium actionum ordo, Civilis actio directa, quæ nomen habet, ut Emti, Commodati. In factum civilis, quæ & Utilis dicitur, & dividitur, ut alia sit Præscriptis verbis, alia non Præscriptis verbis, ut quæ est accommodata legi Aquiliæ. Succedunt deinde actiones honorariæ, Prætoria Directa, vel Utilis ex Edicto: deinde de dolo, & eo deficiente. In factum Prætoria ex Decreto: quæ actiones Decretales sunt Juris nostri persequendi extrema subsidia, ut idem Cujacius primus omnium observavit. Actionum autem istæ, quæ nomine vacant, dicuntur *In factum*, quia in factum concipiuntur, *l. quod bonis*, *ff. ad legem Falcidiam*, vel componuntur, §. 1. *Instit. de except.*

Hinc explicatur I. textus in *d. l. cum mota*, *C. de transact.* ubi transactione inita, ut ego a lite discederem, parte bonorum accepta, discessi a lite, nec data pars bonorum est: Imperator Alexander ait, mihi competere actionem præscriptis verbis, si citra Stipulationem transactum sit. Nempe hic non fuit contractus *Facio ut des*, ut vulgo putant, pro quo competisset solum actio de dolo: sed fuit vel *Facio ut facias*, id est, *Discedam a lite*, *ut tradas bonorum partem*, ut post Secinum ait Alciatus *loc. cit.* Vel potius *Do ut facias*; nam ita conventum est, *Dabo partem bonorum*, *ut a lite discedas*, ut notat Cujacius.

Explicatur II. *l. solet*, *ff. de præscr. verb.* ubi tibi promisi decem, si fugitivum servum indicaveris: tibi indicanti competit adversus me non solventem actio præscriptis verbis. Verum & ibi fuit contractus *Do ut facias*, non *Facio ut des*, quod Accursius monet.

Sed jam tertio videamus de effectibus Stipulationis in Contractibus Nominatis bonæ fidei. Quoniam contractus hi natura sua perfecti sunt, nec in eis est locus pœnitentiæ, & Debitor præcise cogitur; ideo Stipulatio nequit in iis ea operari, quæ efficit in Innominatis. Dubium itaque est quidnam operetur.

Sed prius recolendum est, quod supra *cap.* 1. diximus, nunquam contractus bonæ fidei celebrari per Stipulationem; nam si interrogem te, *Vendis fundum Sempronianum centum aureis?* & tu respondeas, *Vendo*; non est venditio facta per Stipulationem, sed sola & simplex Venditio; nempe quia Venditio respicit tempus præsens, Stipulatio tempus futurum. Itaque hoc casu non datur actio ex stipulatu, vel certi condictio, sed tantum actio ex emto. Sed si dictum sit, *Vendes? Vendam*, non est Venditio, sed Promissio de vendendo: & hæc

Sti-

Stipulatio est. Sicuti si dicam, *Credes pecuniam*, non est Mutuum, sed Stipulatio, & Promissio de mutuo faciendo, *l. si pœnam*, *ff. eodem*.

Additur nihilominus Stipulatio Venditioni in multis, quæ ipsi accedunt; ut si stipuler pretium mihi solvi, certo loco solvi, usuras præstari, rem dari, habere licere, & similia. Et communis opinio est, Stipulationem in continenti subjici, ut in his negotiis bonæ fidei stricta actio suppetat; ita ut in arbitrio Contrahentis sit, utra actione, bonæ fidei, an stricti Juris, malit uti, cum utramque habeat. Ita etiam Cujacius hic in *l. 1. §. sed utrum*.

Verius tamen puto, eo casu actionem bonæ fidei non dari, sed solam actionem ex Stipulatione competere. Quia aut dicimus, Stipulationem novationis causa subjici, aut non: & utroque casu semper verum est, actionem bonæ fidei proponi non posse.

Ponamus I. id fecisse Contrahentes animo novandi; tunc certum est, ex novatione tolli priorem actionem bonæ fidei, totamque rem in stipulationem transferri, *l. 1. ff. de novat.* Et est speciatim traditum in *l. duo*, *ff. pro socio*, ubi duo, qui societatem coierunt, & ea, quæ voluerunt fieri, in pacto convento societatis præscripserunt, & stipulati sunt. Alphenus respondit, si Stipulatio ita concepta sit, *Hæc ita dari*, *fieri spondes?* Respondit, inquam, pro socio agi non posse, si quid contra factum sit, sed totam rem in Stipulationem translatam videri; nempe si novationis causa id fecerunt. Ecce ut Stipulatio addita contractui bonæ fidei in continenti, facta animo novandi, perimit actionem bonæ fidei, ut nihil supersit, nisi actio stricta ex Stipulatione.

Ponamus II. animum novandi non adfuisse, ut in dubio præsumitur, *l. fin. C. de novat.* Et eo casu addita Stipulatio in continenti non tollit actionem bonæ fidei, sed facit ne nascatur, ut propterea isto etiam casu sola actio ex Stipulatione competat, quia unus & solus contractus Stipulationis celebratus dicitur, ex *l. 6. §. 1. cum l. sequ. ff. de novat.* ubi cum Stipulatio additur in continenti contractui, non sunt duo contractus, sed unus, nec fit novatio; Stipulatio enim prohibet, ne actio ex contractu antecedenti nascatur: quocirca ex sola Stipulatione obligatio & actio oritur. Quod etiam in contractibus strictis verum est, ut ibidem patet, & infra dicemus.

Hæc omnia suadet etiam ratio; nam impossibile videtur, ut ex eadem numero re duæ actiones contrariæ, & quæ se invicem excludant, oriantur, ut sunt actio bonæ fidei, & stricti Juris. Hæc tamen intelligenda sunt, ubi Stipulatio in continenti subjicitur; nam si ex intervallo fiat, sine animo novandi, tunc sunt duo contractus distincti; & quia Stipulatio prohibere non potest, ne ex priori contractu actio nascatur, ut quæ jam nata est; propterea ex illo competet actio bonæ fidei, ex posteriori isto, id est, Stipulatione, orietur actio stricti Juris. Et verum erit, quod dicitur, vinculum vinculo addi, *d. l. fin. C. de novat. & l. 2. ff. de novat.*

Ceterum cum dicimus, Stipulationem in continenti adjectam contractui operari, ut ex ea solum detur actio, id verum est in ea tantum re, ubi Stipulatio interposita fuit. Exempli gratia, ab Emtore stipulatus sum pretium mihi solvi; si agam ad pretium, sola certi condictio ex Stipulatione competit; nam aliud est, si agam ad usuras mihi in contractu emtionis promissas, quas persequar actione ex vendito, *l. Lucius Titius*, *ff. depositi*. Nempe quia usuræ in Stipulatione comprehensæ non sunt; & Stipulatio utpote stricti Juris, suos fines non egreditur.

Ita quoque si stipuler certo loco mihi dari; tunc si petam loco convento, est actio ex stipulatu; sine alio, est actio arbitraria, *l. in bonæ fidei*, *ff. de eo*, *quod certo loco*: ubi notat Paulus, quod si locus adjectus sit sola conventione, citra Stipulationem, non competet, nisi actio ex emto.

Non dissimiliter, si stipuler a Venditore, vacuam possessionem tradi, vel rem dari; tunc si ex Stipulatione agam, non venient fructus a die Stipulationis, utpote qui Stipulatione comprehensi non sunt, nec in Stipulatione, quæ stricti Juris est, plus venit, quam expressum sit. Possum tamen deinde ex emto agere ad fructus, quia in actione bonæ fidei, uti est actio ex emto, multa veniunt ex bono & æquo, licet non expressa. Ita in *l. 3. §. 1. ff. de act. emti*, illis verbis: *Sed ex emto superesse ad fructuum præstationem*. Et sensus est, eum qui ex stipulatu egit ad vacuam possessionem sibi tradendam, consequi rem, sed non fructus, quia in Stipulatione non sunt expressi: nec tamen fructus amittere, quos consequetur altera actione

ex

ex emto. Ex quo textu habetur, Stipulationem subjectam contractui bonæ fidei tollere actionem, exempli gratia, ex emto, non omnino, sed in ea solum re, de qua ipsa Stipulatio loquitur. Cum ergo loquatur de vacua possessione tradenda, in eam rem non competet, nisi actio ex stipulatu: quæ tamen non prohibet nasci actionem bonæ fidei, in quantum ad fructus, qui Stipulatione comprehensi non sunt.

Sic quoque subjicitur Venditioni Stipulatio *Habere licere*, cujus vis est, ne Venditor ipse, aut Heres ejus aliquid minuat ex Jure rei emtæ. Quare si quis eorum contrarium faciat, vel de proprietate, vel de possessione, vel de usufructu, vel de usu, vel de aliquo alio Jure ejus, quod distractum est, committitur Stipulatio in quanti ea res est, *l. stipulatio ista*, §. *si quis forte*, *ff. eodem*. Nec tamen per hanc Stipulationem adimitur actio ex emto in id, quanti mea interest, Africanus in *l. servus quem*, §. *ult. ff. de act. emti*. Illud tamen interest, quod si sciens rem alienam vendas sine Stipulatione, ex emto agere licet, antequam res evincatur, statim ac deprehendo rem, exempli gratia, esse alienam; scilicet ob dolum, qui a contractu bonæ fidei abesse debet. At ex Stipulatione *Habere licere* non agitur, nisi re evicta, quia tunc solum habere non licet; nec in eam venit dolus, *d. l. servus, quem*, §. *ult. ff. de act. emti*. Sed si Venditor rem esse alienam ignorabat, etiam actio ex emto competit Emtori, re evicta, ut monet Cujacius *ibid. tract.* 8. *ad Africanum*.

Eodem modo subjicitur Stipulatio de dupla, quæ non perimit in aliis actionem ex emto. Quocirca si sciens vendidisti servum noxium, non agam de dupla, antequam servus mihi absit, & per noxalem actionem evictus sit: at nihilominus statim ex emto teneris ad quanti mea intererit scisse, *l. 4. ff. de act. emti*.

Ex quibus omnibus patet, Stipulationem contractibus bonæ fidei subditam, non imitari eorum naturam, sed proprias vires retinere, Alciatus *loc. cit.* qui tamen *num. 97.* notat, in Stipulationibus Prætoriis *Damni infecti*, *judicatum solvi*, & similibus, non plus venire, quam præcedens obligationis necessitas urgeat, Glos. in *l. in prætoriis*, *ff. de Prætor. Stipulat.* Doctores in *l. non solum*, §. *morte*, *ff. de oper. novi nunciat.* Nisi ex certa scientia Debitor aliter se obligasset, *l. damni*, §. 1. *ff. de damno infecto*, *l. & si quis*, §. *quæsitum*, *ff. si quis caution.*

Hæc ut recte intelligamus, notandum est, Prætorias Stipulationes, sicut & actiones, certam & immutabilem formam habere, nec quidquam privatorum pactionibus in eis immutari posse, *l. in conventionalibus*, *ff. eod. l. nec ex Prætorio*, *ff. de reg. jur.* sed si quid vel addi, vel detrahi, vel immutari oporteat, Prætoriæ erit Jurisdictionis, *l. 1. §. ult. ff. de Prætor. Stipulat.* Itaque si quid ambiguum accidat, interpretatio ad Prætorem quoque pertinet, *d. l. in Prætoriis* Interdum tamen accidit, ut Prætoriæ Stipulationes sine Prætore, ex sola Contrahentium conventione, interponantur, & tunc conventionalium naturam imitantur, quæ certam formam non habent, & ex Contrahentium arbitrio dependent, *d. l. in conventionalibus*. Exempli gratia, Stipulatio *Rem ratam haberi* Prætoria est, & etiam Judicialis, tamen aliquando ex conventione sola venit, sine Prætore, aut Judice, *l. interdum*, *ff. rem ratam haberi*.

Hinc si Stipulatio Prætoris Jussu interponatur, nihil amplius venit, quam præcedens obligatio exigit. Exemplum est in *l. damni infecti* 43. *ff. de damno infecto*, ubi quidam a Vicino stipulatus erat, *Sive quid ibi ruet;* & si tegulæ cadant in vicini tegulas, easque frangant, non tenetur Promissor, si cadant vento dejectæ; tenetur, si cadant vitio ædificii; nempe quia præcedens obligatio hoc tantum casu adstringit, *l. fluminum*, §. *si vitium*, *l. si ædibus*, *ff. cit. tit.*

Quod si hæc eadem Stipulatio *Damni infecti* interponatur sola conventione, tunc Stipulationis effectus se extendit, quousque Contrahentes voluerunt. Finge: promisi Vicino, me ei repensurum omnem mercedem, quam ob emigrationem Habitantium amitteret, tenerer, *d. l.* 43. §. 1.

Hæc eadem intelligenda sunt generatim in quibuscumque cautionibus, quæ auctoritate Magistratus interponuntur, veluti in ædificiis, ut est Stipulatio de dupla; in Tribunitiis, sicuti est, cum Maritus pro Muliere se obligavit, vel in rem ejus impendit, divortio facto, eo nomine cavere sibi solet Stipulatione, quæ ex auctoritate Tribunorum venit, Ulpianus in *Fragm. tit.* 7. Exemplum habemus in *l. cum mulier de dotis*, *ff. sol. matr.* Ubi Mulier soluto matrimonio de dotis repetitione agens, cavere debet Marito, qui ædium dota-

talium nomine damni infecti cavit. Hæ omnes Stipulationes uno nomine Prætoriæ dicuntur, quia olim Prætorum appellatione quilibet Magistratus veniebat, etiam Consularis, ex Juven. *Sat.* 10. Cont. 2. *lect.* 19. Imo etiam Dictator; nam cum in veteri lege esset, *Qui Prætor Maximus sit*, *idibus Septembris clavum*, *&c.* Prætoris maximi appellatione venit Dictator; Livius *lib.* 8. Et tandem hæc eadem intelligemus de Stipulationibus Judicialibus, quæ auctoritate Judicis, aut Arbitri a Prætore dati, interponuntur.

Reliquum modo est, ut videamus de effectibus Stipulationis in Contractibus Nominatis stricti Juris. Et quid circa illos statuendum sit, constat ex jam dictis; non enim hac in re contractus bonæ fidei distant a contractibus strictis. Itaque Stipulatio cum additur, ea sola attenditur. Veluti, dedi tibi mutua centum, deinde ex continenti stipulor ea mihi reddi, unus contractus est, nec fit novatio, & obligatio non nascitur ex numeratione, sed ex stipulatione, *d. l. si ita fuero 6.* §. 1. *cum l. sequ. ff. de novat.* Sed si redditioni pactum addatur, veluti si paciscar de mutuo reddendo Kalendis proximis, vel paciscar de usuris præstandis, ad roborandum pactum opus stipulatione est, ut latius in *l. lecta*, *ff. de reb. cred.*

Quod si post Mutuum contractum Stipulatio reddendi pecuniam ex intervallo addatur animo novandi, per novationem prior obligatio mutui deletur, & nova ex Stipulatione obligatio orta dicitur, *l. obligationum fere*, §. *fin. ff. de oblig. & act. l. si ita stipulatus*, §. *Chrysogonus*, *ff. eod.* Verum si Contrahentes novari noluerunt, remanet uterque contractus, & robur robori additur, *d. l. fin. C. de novat.*

CAPUT IV.

De Divisione Stipulationum.

Est jam supra a nobis divisa Stipulatio in Nudam, & non Nudam, quæ Satisacceptio & Satisdatio appellatur, quam divisionem proponit Pomponius in *l.* 5. §. *stipulatio*, *cum sequ. ff. eod.* ut ibi recte Cujacius monet; quo in textu etiam alia divisio proponitur desumta a causa efficiente, ut alia Stipulatio Judicialis sit, alia Prætoria, alia Communis, & tandem alia Conventionalis, de quibus *lib.* 3. *Instit. tit. de divis. Stipulat.*

Superest itaque, ut eam tantum divisionem exponamus, quæ habetur ex Paulo in *l.* 2. *in princ. ff. eod.* ut quædam in dando, quædam in faciendo consistat, quæ divisio desumta est a materia, quæ in stipulationem deducitur; vel enim deducuntur res, vel facta, §. *ult. Instit. hoc tit.* Res dantur, Facta fiunt. Hinc ad omnem obligationem comprehendendam, ea utimur formula, *Quod te mihi dare facere oportet;* quæ latius in actionibus accipitur, strictius in Stipulationibus, *l. si stipulatus 76.* §. 1. *ff. eod.* Nam Stipulationibus præsens duntaxat tempus continetur. Quocirca si a colono, cui fundum in quinque annos locavi, post triennium ita stipuler, *Quidquid te dare facere oportet?* non amplius venit, quam in præsens debetur, *l. si a colono ff. eod.* Ideo ad comprehendendum etiam tempus futurum adjici solet, *Oportebitve*, vel *Præsens*, *in diemve*, ut in citatis Juribus patet. Et ita est in Stipulatione Aquiliana, quæ ita concipitur: *Quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet*, *oportebitve*, *præsens*, *in diemve*, *&c. l. & uno*, §. 1. *ff. de Acceptil.*

Non ita est in actionibus, ubi futurum etiam tempus continetur, quoad res judicetur. Nam si cum conductore, qui debet trium annorum pensiones, egero ex locato, petens quidquid mihi dari fierive oportet, & lis in biennium proferatur, totius quinquennii nomine Judex condemnationem faciet. Præterquamquod judicia incrementum accipiunt ex usuris, & fructibus, *d. l.* 76. §. 1. ubi Cujacius. Et quia Stipulatio, quæ legatorum nomine interponitur, instar actionis obtinet, *l.* 1. §. *cautionales*, *ff. de Prætor. Stipul.* ideo hæc ad futurum etiam tempus extenditur & accipit incrementum ex usuris & fructibus, quanquam ita concipiatur, *Quod Testator dari fierive voluit*, *id dari vel fieri*, *l.* 1. §. *bellissime*, *ff. ut legator. nom. caveat.*

Dare itaque pertinet ad res, & earum dominium transferendum, *l. ubi autem*, §. *ult. ff. eod. l. non videtur*, *ff. de reg. jur.* Unde verbum Juris est, & Jus in stipulatione versatur, si quis stipuletur dari, *l. cum qui ita*, §. *qui sibi*, *ff. eod. l. Stichum*, §. *quæsitum*, *ff. solut. l.* 2. *C. de contrah. stipulat.* At vero facere est nomen naturale, & ad pos-

fessionis translationem refertur; & qui promittit restituere aut reddere, factum promittit. Refertur etiam ad reliqua facta omnia, sive momentanea, sive successiva, *l. faciendi verbo*, *l. verbum facere*, *ff. de verb. signif.* Factis adjungenda sunt non facta; nam & qui non facit, hoc facit, ut nolit facere: ideo in §. *etsi mulier*, *Instit. de nupt.* dicitur recte facturum hominem, si se ab illicitis nuptiis abstineat. Concordat textus in *d. l. 2.* § *item si in facto*, & *l. ubi autem*, §. *qui id quod*, *ff. eod.*

Verum tamen est, interdum *Facere* etiam dandi actum comprehendere, *l. in facto*, *in princ. ff. de cond. & demonstr. d. l. verbum facere*: & e converso *Dare* ad factum referri, *l. 4. ff. de usur. l. qui heredi*, *in princ. ff. de cond. & demonst.* sed propria & stricta utriusque verbi significatione *Dare* & *Facere* distinguuntur, *l. qui Libertinus*, *in princ. ff. de oper. libertor.*

Videtur tamen huic Stipulationum divisioni a Paulo propositae addendum membrum aliud; quippe praeter Stipulationem dandi & faciendi, est alia, quae ex utraque mista est, *l. veteris*, *C. de contrah. Stipul.* Et hoc est, quod voluit idem Paulus in *l. 3. ff. de oblig. & act.* cum ait obligationum substantiam in eo consistere, ut alium nobis obstringat ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum, ubi verbo *Praestandi* obligationes mistas comprehendit: est enim Praestare verbum generale ad factum, & dationem, *l. item Labeo*, *in fine*, *l. heredes*, §. *contra ff. fam. hercisc. l. ex empto*, *ff. de act. empti*, *l. quod si fugitivus*, §. *fin. cum duo. ll. seqq. ff. de adilit. edict.* Et recte Paulus ait generatim *Obligationes*: nam non solum inter Stipulationes, sed inter quascunque alias Obligationes, reperitur ea, quae mista est. Quare si servo dispensatori libertas relicta sit sub conditione reddendarum rationum; haec obligatio mista est, & comprehendit non solum rationes computare, & subducere, verum etiam reliqua solvere, *l. cum servus*, *ff. de condict. & demonstr.* Ita qui opus facere Jussus est, non solum operis curam suscipere debet, sed & pecuniam pro eo construendo dare, id est, facere simul, & dare, *l. fideicommissa*, §. *ult. ff. de leg. 3.*

Verum ideo Paulus in *d. l. 2.* mistae Stipulationis non commeminit, quia mistum continetur sub simplicibus, ut ibidem notat Accursius, argumento ex §. *1. Instit. de act. l. is qui puteum*, §. *interdum*, *ff. quod vi aut clam*, *l. si ita scriptum*, *ff. de lib. & posth.* praesertim quia Obligatio mista vicem duarum Obligationum sustinet; ut constat ex eo, quod si servus rationibus redditis liber esse Jussus est, & ab herede vendatur, servus rationes excutiat, & dispunget cum herede, reliqua solvet emtori, *l. si statu libera*, §. *ult. ff. de statu lib. l. qui libertatis*, §. *servus*, *ff. de evictilon.* Valentia *tract. 4. cap. 1. num. 17. & sequent.*

Discrimina inter Stipulationes dandi, & faciendi, varia sunt. I. Olim Stipulatio faciendi non transibat ad heredes Stipulantis, nec contra heredes Promissoris, cum facta personalia censerentur: unde qui ita spopondit, *Cum moriar*, *insulam aedificabo*, Stipulatio, prout impossibilis, inutilis erat; non enim Testator horae momento aedificium excitare poterat; & ipsius heres, ut in Stipulatione faciendi, non obligabatur. Haec erant, nisi in Stipulatione specialis heredum mentio facta fuisset. E diverso obligatio dandi indistincte transibat ad heredes, & in heredes. Hanc differentiam sustulit Justinianus in *l. veteris*, & *l. ult. C. de contrah. stipul.* qui noluit, ex hujusmodi subtilitate cadere hominum voluntates. Quocirca hodie omnis Stipulatio ad heredes, & adversus heredes transmittitur, tanquam si ipsorum specialis mentio habita sit.

II. In dando, si quis stipuletur sibi & Titio heredi suo dari, & deinde moriatur pluribus heredibus relictis, inter quos & Titius sit, non soli Titio acquiritur obligatio, sed omnibus, *l. continuus*, §. *ult. ff. eod.* Id ipsum est, si promittam, me & Titium heredem meum tibi daturum, omnes mei heredes ad dandum tenentur, *l. eum qui ita 56. §. 1. ff. eod.*

Secus est in faciendo; nam si stipuler, mihi & Titio heredi meo fieri, soli Titio faciendum est: & e contrario si promittam facere me & Titium heredem, is solus faciet, *d. l. continuus*, §. *ult.* Ratio disparitatis est ex Cujacio, quia obligatio dandi a defuncto incipit, & propterea ex lege XII. Tabularum dividitur inter omnes heredes pro portionibus hereditariis, *l. ea qua*, *C. fam. ercisc. l. pacto*, *C. de pactis*. Hinc licet Contrahentes pacisci videantur, ne alteri heredi, quam Titio, daretur, vel ne ab altero, quam a Titio, peteretur dari, tamen pactum inutile est, *d. l. 56. §. 1.* quia Stipulatio inutilis pactum utile non habet, *l. 1. §. si quis ita*,

ita, *ff. eod. l. in persona*, §.*ult. ff. de pactis.* Obligatio vero faciendi non dividitur ex lege XII. Tabularum, quia cum facta personalia sint, *l. quod dicitur* 130. *ff. eod.* cum promitto, me & Titium heredem meum facere, obligatio Titii non incipit a me, & eapropter non dividitur inter heredes meos, sed ipsum tantummodo Titium afficit.

Objicies ex *l. avus*, *ff. de pactis*, ubi eum quis paciscitur, ne dos a se Filiove suo petatur, Filio convento datur exceptio pacti; coheredi ejus non datur. Concordat *l. avus*, *ff. de pact. dotal.*

Verum separanda sunt ea, quæ sunt Juris, ab his quæ sunt facti; quia pacta facti sunt, non Juris; & quæ facti sunt, uni ex heredibus acquiri possunt, *d. l. continuus*, §. *ult.* Cujacius in *d. l. avus*, *ff. de pactis*. Itaque in specie nostra pactum expressum per se stans, valet: pactum tacitum, quod Stipulationi inest, non valet: nempe ex regula, Pactio, quæ ex Stipulatione inutili deducitur, inutilis & ipsa est, ut diximus. Recte tamen uni ex heredibus nomen adscribitur, tanquam prælegando; licet enim non solida ei acquiratur obligatio, tamen recte ei solvitur, & id nomen heres præcipiet arbitrio familiæ erciscundæ, *l. 1.* §. 1. *C. de except.*

An autem in casu suprapposito coheres teneatur in totum, an detracta portione Filii, dubitatur. Affirmat Accursius, negat Cujacius; quia ita Jus est, ut obligationes defuncti in heredes transeant pro portionibus hereditariis. Itaque & Filius pro parte sua tenetur, sed defenditur exceptione pacti. Coheres vero respondere Stipulationi, nisi pro parte sua, non debet.

III. Stipulatio ut quid fiat, vel non fiat, ut plurimum rei incertæ est, quia facta non sunt, nisi cum fiunt, vel postquam facta sunt. Quare tempore Stipulationis non apparet, quid, quale, quantumque sit in Stipulatione, *l. ubi autem*, §. *qui id*, *ff. eod.* Quædam tamen facta sunt certa, ut restitutio in novi operis nunciatione, *l. 2. ff. de Prætor. Stipulat.* In Stipulatione vero dandi interdum deducitur incertum, ut si stipuler dari genus, usumfructum, partum ancillæ; interdum deducitur certum, uti fundus Tusculanus, Stichus, *l. Stipulationum quædam*, *cum l. seq. ff. eod.* Et quod dicitur certum aut incertum intelligitur attento Stipulationis tempore, non tempore solutionis; cum enim res solvitur, semper certa est. Et hoc est, quod dicitur, contractus æstimari ab initio.

Inter has illud interest, quod ex Stipulatione incerti datur actio ex Stipulatu, cujus hæc est formula; *Quod mihi ex stipulatu dari fieri oportet*. Ex Stipulatione certi datur certi condictio, & hæc est formula: *Quod mihi Stichum ex Stipulatione dari oportet*. Verum hæc quoque dicitur aliquando generatim actio ex Stipulatu, *l. inter*, §. *si rem quam*, *ff. eod.* Hoc in aliis etiam actionibus locum habet; nam exempli gratia actio ex testamento alia est certi, alia incerti, *l. 1. ff. de usufr. leg. l. non solum*, §. *pen. ff. de liber. leg. l. si sic legatum*, §. *ult. ff. de leg. 1.*

Non ita est in actionibus bonæ fidei, quæ omnes sunt incerti, vel incertæ pecuniæ, ut Cic. ait *pro Roscio*: quippe petitur id, quod ex bona fide dari fierive oportet, & Judex liberam habet potestatem statuendi quod æquius melius, §. *in bonæ fidei*, *Instit. de action.* Licitum tamen est ex contractibus bonæ fidei uti condictione certi, ut constat ex *l. duobus*, §. *exceptio*, *ff. de Jurejur.* ubi in mandato, negotiorum gestione, societate, & similibus bonæ fidei contractibus, potest quis non solum proponere condictionem incerti, seu actionem mandati, negotiorum gestorum, & societatis, sed etiam agere certi condictione: nempe ut ibi notat Accursius, quia certi condictio competit ex omni causa, & ex omni obligatione, ex qua certum petitur, *l. certi condictio*, *ff. de reb. credit.*

Utilitas hujus distinctionis est, quia ex condictione certi res præcise petitur, & condemnatio petitioni congruit: ex incerti agitur ad id, quod interest, & condemnatio petitioni non congruit; nam condemnatio semper est certa, licet incerta sit actio, §. *curare*, *Instit. de action.* Quæ omnia ut clarius pateant, sit.

QUÆSTIO UNICA.

An, & quando Debitor, præstando id, quod interest, liberetur.

STipulationem dandi præcise adimpleri debere, nec Debitorem solvendo id, quod interest, liberari, secus atque in obligatione faciendi, docent post Bartolum communiter Doctores apud Covarr. 2. *var.* 19. Quam distinctionem improbat Faber *dec.* 85 *err.* 1. & 2. qui contendit, Debitorem sive dandi, sive faciendi, semper præstando id, quod interest, libe-

liberari, nec unquam præcise posse cogi. E contrario Valentia *de re judic. tract. 2. cap. 4. a num. 21.* putat, semper Debitorem præcise adstringi tam ad dandum, quam ad faciendum.

Nos insistendo iis, quæ proxime diximus, nullam ex prædictis sententiis veram putamus. Quare statuendum est, ex actione certa non præcise peti, ex incerta id, quod interest, tam si de dando, quam si de faciendo agatur. Ratio est, quia ex actione certi petitur res certa. Ergo non potest præstari id, quod interest, quia incertum est, *l. ult. ff. si quis in Jus vocatus, l. non autem, ff. de recept. arbit.* Quare actio certi est ad rem omnino consequendam, *l. 2. ff. de Prætor. Stipulat.*

Probatur id etiam manifeste ex Juribus. I. Ex Ulpiano in *l. ubi autem, §. ult. ff. eod.* ubi hæc habentur: *Hæc Stipulatio, Fundum Tusculanum dari? ostendit, se certi esse, continereque ut dominium omnino efficiatur Stipulatoris quoquo modo.* Errant Doctores, cum putant ideo hic Promissorem obligari *omnino*, id est, præcise rem dare, quia Obligatio dandi est; cum aperte Ulpianus nitatur in eo, quod Stipulatio certi est. Cum ergo ex Stipulatione certi oriatur certi condictio, inde fit ut Debitor ad rem præcise tradendam cogatur, nec præstando id, quod interest, liberetur. Unde si Stipulatio fit incerti, veluti, *Fundum dari?* quippe genus incertum est, *d. l. ubi autem, in princ.* tunc Debitor conventus actione incerta ex Stipulatu, liberaretur præstando id, quod interest, ut ex prædicto textu colligitur.

II. Ex *l. officium, ff. de reivind.* cujus verba sunt. *Ubi enim probavi rem meam esse, necesse habebit Possessor restituere, qui non objiciet aliquam exceptionem.* Uti sermo est de reivindicatione, id est, de actione certi; nam rei incertæ reivindicatio nulla est; cum formula reivindicationis sit, *Hæc res mea est*, & Ulpianus ait, necesse esse restituere; ubi verbum *Necesse* præcisum facti implementum denotat, *l. obligamur, §. necessitate, ff. de oblig. & act.* Id vero restringit, cum Reus aliquam exceptionem opponit. Quocirca non est dicendum restringi, si Reus id, quod interest, solvere paratus sit. Quam explicationem clarissime idem Ulpianus comprobat ex *l. si quis restituere 69. ff. eit. tit. de reivind.* his verbis: *Si quis restituere jussus Judici non pareat, contendens se non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari ab eo auferendam esse. Manu militari*, id est, per Viatores, Apparitoresque, ceterosque Judicis Ministros. Excipit, cum res non extat, quia tunc necessitate urgente, actio certi immutatur in actionem incerti, & devenitur ad id, quod interest; petet enim Actor rem, ut id, quod interest, consequatur. Est ergo textus in *d. l. si quis restituere* clarissimus, quo cum se premi Faber sentiret, eum Triboniani imperitiæ perperam imputat. Et notandum, hic agi de obligatione faciendi; nam restituere factum est.

III. Ex *l. si pœnam, ff. eod.* ubi Paulus ait: *Quod si ita stipulatus fuero, Pecuniam te mihi crediturum spondes? incerta est Stipulatio, quia id venit in Stipulationem, quod mea interest.* Hic Stipulatio est dandi, id est, mutuum dandi, & tamen Debitor non cogitur præcise dare, quia est Stipulatio incerti, cum venerit pecunia in genere, & genus incertum est: quare Debitor præstando id, quod interest, liberatur. Non ita est, si pœna adjiciatur, veluti: *Si pecuniam mihi non credes, centum pœnæ nomine dabis?* quo casu pœna est in obligatione, quæ certa, *d. l. si pœnam*. Itaque Debitor ad præcise solvendam pœnam cogitur, ut ibidem ex collatione utriusque prædicti casus patet. Cujacius tamen *lib. 3. Pauli ad Edictum in d. l. si pœnam* opinatur, Stipulationem te pecuniam crediturum, esse facti: illam vero te centum crediturum, esse dandi; quoniam id agitur, ut centum dentur; ut etiam est de Stipulatione pœnali. Quæ persuasio orta est ex eo, quod credit, solum in Stipulatione faciendi locum habere id, quod interest, quod est falsum.

IV. Ex *l. si quis stipulatus, §. 1. ff. eod.* Species est: Stipulatus sum a te, *Pro centum aureis satisdabis?* & Reum dedi, qui mihi debet centum aureos, ut pro eo satisdares in eam summam. Dicitur, Fidejussorem teneri in id, quod interest. Cur ita? nempe quia obligatio Fidejussoris est incerta; nam, ut ibi Pomponius cum Proculo ait, Fidejussor tenetur in solidum, si Reus non erit solvendo; vel in minus, si in aliquid sit solvendo; vel in nihilum, si omnino sit solvendo.

V. Ex *l. stipulationes non dividuntur, ff. eod.* in hæc verba: *Ubi quid fieri stipulamur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere.* Ita etiam in *l. si quis ab alio, §. ult. ff. de re jud.* ubi qui non facit, quod promisit, in pecunia numerata condemnatur. Hujus rei causa pro-

proxima non est, quia Stipulatio faciendi sit, ut vulgo opinantur, sed quia facta sunt incerta, *d. l. ubi autem*, §. *qui id*: propterea ex ipsorum Stipulatione oritur condictio incerti, quæ est ad id, quod interest. Eadem de causa in cautione Judicio sisti, & in promissione de præstando fundo, venit id, quod interest; quia res facti sunt, & facta incertis adnumerantur, *l. quoties quis*, *l. si fundum certa die*, *ff. eod.*

VI. Ex *l. si domus*, §. *eum vero*, *ff. de leg.* 1. ubi legato poculo, id est, re certa, heres volebat æstimationem præstare, iniquum esse dicens id separari a se, *Non impetravit id a Pratore*, ut ibi Ulpianus ait, quamvis in servo legato, si forte is frater, aut pater heredis sit, ex benignitate receptum sit, ut æstimationem officio Judicis præstet, ut *ibid.* §. *qui confitetur*.

Dubium tamen videtur esse ex *l. ejus rei*, *cum sequ. ff. de rei vindic.* ubi cum actione in rem petiissem a te Stichum, tanquam a possessore, ob contumaciam juravi in litem, & condemnatus es tantum mihi dare, quanti servus a me Jurejurando æstimatus est. Ergo licet res certa petatur, Reus ad præcise tradendum non cogitur, quamquam reivindicatio proposita sit.

Hæc difficultas gravis est; nam statim initio difficile videtur ejus *legis* speciem concipere. Vulgo Doctores, & Faber, de Possessore accipiunt, qui a Domino conventus, eum succubuisset, noluit parere, & rem restituere; quare ob contumaciam Rei, Actor juravit in litem, & condemnatus est Reus tantum solvere, quanti Juratum sit. Quam interpretationem recte Cujacius 4. *obs.* 3. rejicit, ex *d. l. is*, *qui restituere*, *ff. cit. tit.* Quocirca Cujacius ipse speciem ponit non in Possessore, sed in eo, qui dolo desiit possidere, atque adeo in tantum fuit damnatus, quanti Actor in litem juraverat. Hæc interpretatio non sine ratione displicet Fabro, quia aperte repugnat ipsi Paulo in *d. l. ejus rei*, ibi: *Dominium statim ad Possessorem pertinet.* Vide nostrum *tract. de Acquir. Possess. de Constituto qu.* 2.

Pro specie recte concipienda, recolendum est, jusjurandum in litem aliquando dari etiam contra Possessorem, si scilicet neget in præsenti rem restituere posse, veluti si ea longe absit, & sine frustratione temporis dilationem ad restituendum petat; tunc ei indulgendum est, cum eo tamen, ut de litis æstimatione caveat, datis fidejussoribus, si intra tempus, quod ei datum est, non restituat: Eo itaque non restituente, datur in ipsum Jusjurandum in litem: nempe, scilicet, quia in dilatione obtinenda de litis æstimatione caverat, quamvis adhuc ipse rem possideret, nec eam dolo desierit possidere. Ita species *d. l. ejus rei* ponenda est ex §. 1. *Instit. de offic. Jud.* Est ergo casus specialis; & Reus actione certi conventus, tenetur ad id, quod interest, quia de æstimatione litis cavit, quæ æstimatio incerta est.

Hinc intelligimus, quid statuendum sit in Emtione & Venditione, ubi Martinus opinatus est, Venditorem præcise cogi ad tradendum. Joannes Accursii Magister & diverso voluit, præstando id, quod interest, liberari. Nempe utramque sententiam esse veram, in diversis tamen casibus, ut scilicet Venditor conventus certi condictione, obligetur ad præcise tradendum; conventus actione incerti ex emto, poterit id, quod interest, præstare.

Constat prior pars ex *l. ex emto*, *in princ. ff. de act. emti*, ubi hæc verba habentur: *In primis ipsam rem præstare Venditorem oportet*; nam cum dicitur, *Ipsam rem*, id satis ostendit, rem esse certam; cum dicitur, *Oportet*, præcisam id rei traditionem demonstrat. Et ita accipiendus est etiam Proculus in *l. si eum fundum*, §. *fere*, *ff. de contr. emt.* ubi Venditor tunc solum excusatur a vacua rei possessione tradenda, cum accidit, ne tradere possit. Ita etiam Justinianus in §. *perficiuntur*, *Instit. de donat.* cum ait, donationem inter vivos ad exemplum venditionis *in se habere necessitatem traditionis*. Et ita demum Paulus 1. *sent.* 13. cum scribit: *Si, id quod emtum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat, aut mancipet.*

Posterior pars constat ex *l. si jactum retis ff. de action. emti*, ubi quidam jactum retis emerat, & Piscator quod extraxit piscium, reddere Emtori noluit; *Id æstimari debet, quod extraxit*. Et recte; nam in jactu retis a Piscatore emto venit incertum id, quod capi potest; & si nihil captum sit, nihilominus Emtor pretium præstare debet, ut etiam est in eo, qui indaginem plagis impositis a Venatore, vel pantheram ab Aucupe emit, *l. emtorem*, *ad finem*, *ff. cit. tit.* ubi πάνθηρα Græce universam Venationem rete captam denotat, Alciat. 1. *parerg.* 42.

Eo-

Eodem modo in similibus discurrendum est. Exempli gratia, qui mutuum vinum accepit, conventus certi condictione tantundem præstare debet; conventus condictione incerti, seu condictione triticariam, præstabit id, quod interest, *l. vinum*, *ff. de reb. cred.* (quæ lex accipienda est de condictione triticaria, Cujac. in *l. centum*, *ff. de eo, quod certo loco*, *tract.* 3. *ad Afric.*) ita ut his casibus Actoris electio sit, ne deterior ejus conditio fiat ob culpam Debitoris, *l. stipulatio*, §. *si e autem*, *ff. de oper. novi nunciat. leg.* 1. §. *ex hoc rescripto*, *ff. de ventre inspic.* *l. Dominus*, ubi Cujacius in *respons. Papin. ff. de liber. causa*.

Est tamen notandum I. ea, quæ jubentur a Prætore, vel a lege, præcise adimpleri oportere. Ita est in satisdatione tutoria; nam cum Tutor cavere repugnat, ut Prætor interlaris jubet, rem Pupilli salvam fore, statutum est, ut pignoribus captis coerceatur, §. *pen. Instit. de satisd. Tutor.* *l.* 2. *C. de Magistrat. conven.* Ita etiam in actione *Quod metus causa*, in qua qui per vim stipulatus est, instante reo, omnimodo compellitur per acceptilationem liberare reum, quamquam tripli pœnam solverit, *l. si eum exceptione*, §. *sed etsi*, *ff. de eo, quod metus causa*. Verba legis sunt: *Ut tam tripli condemnatione plectatur, quam acceptilatione, omnino facere compellatur.* Sic etiam in actione de edendo: quippe ex posteriore Edicto Prætoris, Argentarius mensæ exercitor rationes, quas confecit, edere compellitur, ita enim verbum illud Prætoris, *Edant*, interpretatur Ulpianus in *l. Prætor*, §. 1. *ff. de edendo*. Est autem prius Edictum, ut Actor edat Reo actionem, & instrumenta litis: posterius, ut Argentarius rationes edat. Pariter in operis novi nunciatione ex *l. stipulatio*, §. 1. *ff. de oper. novi nunciat.* ubi cui nunciatum est, si ædificare pergat, nec caveat, quidquid ædificaverit Interdicto restitutorio destruere compellitur. Nec dissimiliter in Procuratore Rei; nam si eo consentiente Dominus cavit judicatum solvi, Procurator cogitur ad judicium suscipiendum, nisi justam habeat excusationis causam, exempli gratia, valetudinis, & necessariæ peregrinationis; nimirum ex verbis Prætoris: *Judicium accipere cogam*, *l. filiusfamilias*, §. *Procuratorem*, *ff. de Procurat.* quamvis aliud sit de Defensore, *l. non cogendum*, *ff. eit. tit.* Tandem in actione Damni infecti; licet enim Actor, Reo non cavente, missus a Prætore in possessionem ex primo decreto, possit non admitti; tamen ex secundo decreto Reus omnino a possessione expellitur, *l.* 4. §. *si intra diem*, *cum seq. ff. de damno infecto*; ubi qui non admittitur ex primo decreto, habet in factum actionem ad id, quod interest.

II. Notandum, Prætorem non semper iisdem remediis contra Debitorem uti, ut is adimpleat id, ad quod tenetur. Interdum enim id remedium Prætor adhibet, quod *Pignoris Capio* dicitur, *l.* 1. & 2. *C. de execut. rei judic.* *l. a Divo Pio*, §. *in venditione*, *ff. de re judic.* Ita est in Tutore, qui satisdare nolit. Aliquando manu militari rem debitam abducit, & aufert a Reo, quod *Pœnale judicium* dicitur, *l. un.* §. 1. *ff. si quis Jus dicenti non obtemper.* Quæ omnia ad eam partem Misti Imperii pertinent, quæ *Modica Coercitio* nuncupatur: cujus etiam sunt Mulctæ, Verbera, Vincula, & a possessione Expulsio, quibus Prætorem uti posse in nostra etiam specie vix est, ut dubitari possit. Verum de his late diximus ad *tit. de Jurisdict.*

Unde perperam Antonius Faber obtendit, incivile & injustum esse hominem liberum ad factum præcise compellere. Dicendum enim est, eam vim esse contra bonos mores, & Juri contrariam, quam vel Privati inferunt, vel Magistratus injuriose, prætextu & fiducia Dignitatis, *l. nec Magistratibus*, *ff. de injuriis*: at non illam, quam Jure Mistum Imperium tribuit, *l.* 3. *l. ult.* §. *si quis*, *ff. de eo*, *quod metus causa*, *l. injuriarum*, §. *his*, *qui Jure ff. de injuriis*, *l.* 1. §. *necessario*, *ff. de ventre in possess. mittendo*.

De Dividuis, & Individuis, & De rebus unis, ad l. 2. 3. & 4. ff. eodem.

QUoniam ex legibus XII. Tabularum statutum est, ea quæ in nominibus sunt, ipso Jure in portiones hereditarias dividi, *l. ea quæ*, *C. famil. Ercisc.* ita etiam æs alienum, *l. pacto*, *C. de pactis*; hinc inter Jurisconsultos, qui ad eas leges interpretandas constituti sunt, quæri cœptum est, utrum id in universum verum esset. Et facile quidem consenserunt, locum habere in rebus iis, quæ dividuæ sunt, ut quantitas: cessare vero in individuis, ut itinere, via, actu, quarum Stipulatio visa est per leges non dividi, quia nec potest, *l. heredes*, §. *an ea*, §. *idem Juris*, *ff. fam. Ercisc.* Arduum tamen opus visum est decernere, quæ res, quæ facta Dividuis accen-

censenda sint, quæ vero Individuis. Et sane nihil est in nostro Jure, quod æque obscure & involute expositum sit. Quare Cynus deterritus, ad hanc tractationem aggredi ausus non est, ut ipse testatur in *auth. hoc ita qu. 2. C. de duobus reis*. Cujus consilium videtur imitatus Cujacius, qui cum omni pene Jurisprudentiæ clarissimum lumen attulisset, hanc tamen partem parum promovit.

Etsi autem inquisitio Dividui & Individui occasione portionum hereditatis orta sit, tamen paulatim alii & alii fructus hujus doctrinæ detecti sunt in pactis, contractibus, legatis, actionibus, judiciis, aliisque pluribus; adeo ut hæc tractatio universam Jurisprudentiam occupare, in eaque longe lateque regnare videatur.

Agitur de hac re in *tit.* nostro sparsim, pluribus in locis, præcipue vero in *l. 2.* cum duabus sequentibus. Sed ut ordine procedamus, sit.

CAPUT I.

De natura Dividui, & Individui.

Dividuum est, quod in partes scindi potest, *l. recte dicimus*, §. 1. *ff. de verb. signif.* Explicatur definitio. Dicitur *in partes*, id est, saltem pro indiviso: in Jure enim nostro, ut res dividua dicatur, satis est, si in partes pro indiviso scindi possit, nec exiguntur partes pro diviso.

Pars pro indiviso est, quarta, tertia, dimidia, aut aliqua quælibet rei, nullo certo rei loco designato, ut propterea per totam rem vagetur, & intellectu percipiatur, non corpore, *l. placet*, *ff. quib. mod. usufr. amitt. l. si quis*, *ff. de acqu. possess.* E diverso pars pro diviso est, quæ oculo videri, & digito designari potest, & post divisionem, totum aliquod efficit; nam fundus divisus pro diviso, quasi duo fundi sunt, *l. communi*, §. *Neratius*, *ff. comm. divid. l. 1. l. ex mille*, *ff. de evictione.* Hæc pars dicitur certa, sicut illa pro indiviso incerta: scilicet incerta, quatenus per totum corpus vagatur, licet ejus quantitas certa sit, *l. ad certam*, *ff. de servit. l. 3. in fine*, *ff. de reivind.*

Hinc intelligimus discrimen inter Jurisconsultos & Philosophos. Nam isti navem, Stichum, vocant individua, in quantum ad partes pro diviso; nam si ita Stichum dividas, perdes; & *navem si dividis, perdis*, Cascellius apud Macrob. 2. *Saturn.* 6. At Jurisconsulti & Stichum & navem dividua dicunt, quia partes pro indiviso recipiunt, *l. servus*, *ff. de stipul. servor.* Et id Jus Civile introduxit, publicam commerciorum utilitatem attendens, & faciliorem rerum omnium permutationem, mutuamque per contractus communicationem, ut ait Valentia in hoc *tract. cap. 3. num. 7.*

Dicitur, *scindi potest*, nam Dividuum non dicit actum, sed potentiam, id est, ut scindi possit, licet actu scissum non sit. Unde distat a Diviso, quod actu ipso, & effectu, in partes jam scissum & separatum est, *l. 3. ff. de offic. Assessor. l. nam satis*, §. 1. *ff. quemadm. serv. amitt. l. si ex toto*, *in fine*, *ff. de leg. 1.* Quocirca obligatio ejus, qui promisit Stichum, in ipso Promissore est dividua, sed indivisa: at in ejusdem heredibus non solum est dividua, sed etiam divisa ex legibus Decemviralibus: quippe Promissor ipse non potest invito Creditori Stichum solvere per partes, heredes possunt, *l. in stipulationibus*, *in princ. ff. eod.*

Ex his facile constat, Individuum esse, quod in nullas partes neque pro diviso, neque pro indiviso scindi potest, ut iter, via, *l. 2.* §. 1. *l. stipulationes non dividuntur*, *ff. eod.* Ex triplici autem ratione dicitur quid Individuum esse. Vel enim est Individuum usu, ut iter, *l. via*, *ff. de servitut.* Vel effectu, ut opus, *l. in executione*, §. *secunda*, *ff. eod.* Vel causa, ut pignus, *l. rem hereditariam*, *ff. de evictione.*

Verum hic plura notemus oportet. I. Specierum alias admittere solum partes pro indiviso, ut exempli gratia Stichus, qui si duorum sit, quisque Dominus habet dominium in dimidio Sticho, quæ tamen medietas vaga est, *l. si ut certo*, §. *si duobus*, *ff. locati.* Alias vero species esse capaces partium etiam pro diviso, uti est tignum: unde ædes binæ una contignatione tectæ, si unius Domini sint, & ab eodem diversis legentur, ita acquiruntur Legatariis, ut ipsorum quisque partes certas, & pro diviso in tignis habeat, *l. binas quis ædes*, *ff. de servit. urbanor. prædior.*

II. Res dividuas, etiamsi in se ipsis individuas, posse tamen voluntate Contrahentium dividi; nam Stichi pars uni promitti potest, altera alteri, *l. in stipulationibus*, *in princ. ff. eod. l. cum Stichus*, *ff. de solut. l. tutor*, §. *Lucius*, *ff. de usuris.* Posse & solere etiam dividi a lege. Ita obligatio de rato facta per Procuratorem sine mandato, dividua & divisa est,

est, nam Dominus pro parte ratam habere potest, *l. si Procurator*, *l. cum Debitore*, *ff. rem ratam hab.* Obligatio correorum a Justiniano divisa pariter est in ipsis correis, *auth. hoc ita*, *C. de duob. reis*, ut latius infra *cap.* 2. *qu.* 1.

III. Creditorem contra quemque heredum Debitoris habere actionem in solidum, quia actio ipsius manet indivisa in eo, nec dividitur, nisi in ejusdem heredibus. Heres tamen quisque Debitoris non damnabitur, nisi in partem, *l. si duo*, *in fine*, *ff. depositi*.

IV. Res dividuas quasdam dividi numero, ut quantitatem, fructum, vinum, oleum, quæ scilicet partes pro diviso admittunt: quasdam vero in partes, ut est de iis, quæ partes pro indiviso tantum recipiunt, *d. l. cum Stichus*, *l. si centum*, *ff. eod.*

V. Individuum, quia semper tale manet, attendi tam in principali, quam in heredibus ipsius, secus quam Dividuum; id enim in ipso Reo est indivisum, in heredibus ipsius divisum. Pone, legata sunt Titio centum, id legatum est dividuum; at in quantum ad ipsum Titium indivisum etiam est, quia partem legati agnoscere non potest, partem vero repudiare. Sed Titio mortuo, jam legatum est inter heredes ejus divisum; quare potest unus heres partem suam agnoscere, & recipiet quinquaginta: alter vero repudiare, & nihil habere, *l. legatarius*, *in princ. ff. de leg.* 1. Nempe quia lex XII. Tabularum in heredibus tantum actiones & obligationes divisit, non in principalibus, in quibus manent indivisæ.

VI. Quædam haberi, quæ diverso respectu modo dividua sunt, modo individua. Ita Stipulatio de novi operis nunciatione, si agatur ad opus restituendum, id est, demoliendum, individua est: si ad id, quod interest, pro dividua existimatur, *l.* 4. §. *ult. ff. eodem.*

VII. Interdum rem, quæ debetur, esse dividuam, causam tamen esse individuam; ut in pignore, cujus causa individua est, licet pignus dividuum sit, *l. rem hereditariam*, *ff. de eviction.* Ita etiam pœna omnis adjecta obligationi dandi, *l.* 5. §. *si sortem*, *ff. eod.* Quo casu omnes heredes collecti tenentur in solidum, *d.* §. *si sortem*. At in re individua per se, ut est iter, singuli heredes in solidum conveniuntur.

VIII. Male vulgo confundi Unum cum Individuo; nam Unum est, quod in plura talia nequit scindi: Individuum, quod in plures partes scindi non potest. Quare Individuum est etiam Unum: at non contra, quia etiam id, quod dividuum est, Unum esse non prohibetur. Stichus est unus, & dividuus: Stipulatio annua, una & dividua, *l. si Stichum*, §. 1. *ff. eodem*.

Verum hic quædam, ne euntes nos remorentur, privatim examinanda sunt.

QUÆSTIO I.

Utrum Conditio reddat actum Individuum.

IN eam sententiam communiter itum est a Doctoribus, ut putent, Conditionem sua natura scindi non posse: propterea additam rei vel actui de sua natura dividuo, eundem individuum facere. Moventur ex *l. cui fundum*, *ff. de condit. & demonstr.* In contrarium primus omnium disputavit Molinæus in *Labyrintho par.* 3. *qu.* 7. *num.* 233. docens, conditionem sequi naturam actus, cui adjicitur, & cum actu dividuo dividuam esse.

Nos insistendo iis, quæ posuimus, tria distinguemus. I. Conditio rei dividuæ apposita in ipso Principali obligato est indivisa, nempe quia ex lege XII. Tabularum res dividua in eodem Principali indivisa est. Id ipsum constat ex *d. l. cui fundus*, de qua mox.

Hinc intelligimus Paulum in l. *qui heredi*, §. *si duorum*, *ff. de condit. & demonstr.* ubi hæc habet: *Si duorum Servo legatum sit sub conditione dandi, non posse per partes conditioni pareri, quidam ajunt, sed semel dandam pecuniam. Sed ego contra puto.* Quem textum secum facere Molinæus ait, & inde probat, conditionem rei dividuæ appositam, esse & ipsam dividuam; nam dare pecuniam dividuam est, & partium præstationem recipit, nostra *l.* 2. §. *& harum*. Et hic sub conditione est, & tamen adhuc Paulus ait, non necessario pecuniam semel dandam, sed per partes præstari posse.

Dicendum tamen est, in eo textu rationem dubitandi non pendere ex eo, utrum Conditio dividua sit, an non; sed ex eo, quia a Principali obligato solutio pecuniæ per partes invito Creditore fieri non potest, *d. l. in stipulationibus in princ. ff. eod.* Licet enim pecunia dividua sit, obligatio tamen in Principali manet indivisa, ut latius infra dicendum erit. Propterea in specie proposita quidam dicebant, non posse per partes conditioni dandæ pecuniæ satisfieri. Id reprobat Paulus, nixus eo, quod ibidem notat Accursius, quia hic duo legata sepa-

separatim duabus personis facta videntur; siquidem communis servus duorum personam sustinet, *l. 1. §. communis, ff. de stipul. serv.* Quo casu singuli pro parte sua & conditioni parere possunt, & legatum capere, ut dicitur in *d.l. cui fundus*, & *l. si quis legata*, *§. ult. ff. de condit. & demonstr.*

Loquitur ergo Paulus in Principali obligato, id est, in ipso Legatario, non in heredibus ipsius: & per consequens in re dividua indivisa; & cum Legatarius sustinet duorum personam, posse per partes conditioni pareri, nempe quia legatum non est unum, sed multiplex. Unde apparet, non fuisse repugnaturum Paulum contrariæ Jurisconsultorum sententiæ, si legatum fuisset unum, id est, si uni, vel servo unius, legatum factum proponeretur. Ergo Conditio rei dividuæ adjecta, in Principali obligato manet indivisa.

Intelligimus etiam Pomponium in *l. pen. ff. de condit. & demonstr.* ubi si ita legatum est, *Do lego tibi fundum, si illi & illi centum præstiteris*; si uni quinquaginta præstes, dimidiam fundi partem consequeris. Ita quoque si legatus duobus fundus sit, si decem dedissent, uno solvente quinque, is partem fundi consequetur. Quo textu vulgo Doctores abutuntur, dum ad materiam de Dividuis & Individuis pertinere putant; cum aperte spectet ad res Unas & Multiplices. Quæstio ergo in parte I. fuit, utrum ex multiplicatione personarum, quæ mortis causa capiunt rem dividuam, mortis causa capio una sit, an multiplex, cum Conditio dandi injuncta est uni. In parte II. Utrum ex multiplicatione personarum, quibus res dividua injuncta est, sub conditione dandi uni, legatum dicatur unum, an potius multiplex. Et utroque casu Pomponius respondit, multiplicatis personis, sive Dantium sive Accipientium, actum fieri multiplicem, non tam ex rigore Juris, quam ex benigna interpretatione, & humanitate, ut idem Pomponius ait. Benignitas in eo consistit, quia regula Juris est, ut numerus personarum non multiplicet actum; quæque enim persona in solidum videtur adhibita. Quare si apud duos rem deponam, unus contractus est, & quisque in solidum tenetur etiam in re dividua, *l. 1. §. si apud duos, ff. depositi*. Et olim ex duobus correis, sive debendi, sive promittendi, etiamsi quantitas in contractu deducta fuisset, tenebantur in solidum singuli. Quod deinde Justinianus motus eadem humanitate, qua hic Pomponius, sustulit in *auth. hoc ita*, *C. de duobus reis*.

Itaque si Juris rigorem attendamus, in prædictis casibus legatum erit unum, & scindi non poterit, ex *l. qui duobus 23. ff. de condit. & demonstr.* quæ lex notanda est ibi: *Qui duobus heredibus decem dare Jussus est, & fundum sibi habere, verius est ut conditionem scindere non potest, ne etiam legatum scindatur*: quippe legatum unum scindi non potest, *l. legatarius, in princ. ff. de legat. 1.*

II. Conditio rei dividuæ adjecta, in heredibus Principalis obligati est divisa, ut fit manifestum ex nostra *l. 4. §. Cato*, ubi exempla omnium Stipulationum pœnalium sub conditione concepta sunt, & tamen Cato ait, eas Stipulationes, quæ de rebus dividuis conceptæ sunt, & ipsas dividuas esse. Qui textus expressissimus est, ut infra latius.

Nec obstat Jabolenus in *d. l. cui fundus, ff. de cond. & dem.* Est enim notandum, eum loqui in Principali obligato: *Cui fundus*, ait, *legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numeravit*. Etsi enim dare decem dividuum sit, tamen in ipso, qui debet, est indivisum, ut ex dictis constat. Unde est tota pecunia numeranda, non ob conditionem, sed ob rem indivisam, quæ in principali Debiture æquivalet individuæ. Nos vero hic loquimur de heredibus Principalis obligati, in quibus res dividua est divisa.

Nec difficultatem facit, quod in fine Jabolenus ait: *In eo vero, quod uni sub conditione legatum est, scindi ex accidenti conditio non debet, & omnis numerus eorum, qui in locum ejus substituuntur, pro singulari persona est habendus*. Non enim hic sermo est de heredibus Legatarii, quasi dicat Legatario mortuo, heredes ejus ratione conditionis teneri in solidum, licet conditio sit dandi decem. Quod esset casus impossibilis, nam id esset dicere, legatum conditionale, mortuo Legatario ante impletam conditionem, transmitti ad ipsius heredes, contra *l. un. §. sin autem, C. de cad. toll.* Quocirca loquitur Jabolenus de heredibus ejus, cui decem ex mortis causa capione debebantur; atque, Legatarium non posse uni ex his quinque solvere, & partem fundi legati capere; adhuc enim verum est decem esse in Legatario indivisa, quia ipse est principalis obligatus. Fatemur quidem, Legatarium non teneri singulis heredibus in solidum, sed cuique pro par-

te: negamus tamen, eum consequi legatum, aut partem ejus, antequam integra decem solvat; semper enim in eo indivisa obligatio est, non ratione conditionis, sed natura ipsius obligationis.

III. Conditio rei individuæ apposita semper est individua, *d. l. 4. §. Cato*, *d. l. pen. in princ. ff. de cond. & dem.* ubi Conditio, si monumentum fecerint, pluribus proposita, non potest nisi in omnibus simul personis consistere; quippe monumenti constructio est petitione & solutione individua, *l. in executione*, *§. secunda*, *ff. eod.* Ex quibus constat, veram esse Molinæi sententiam, dum Conditionem sequi naturam rei, cui adjecta est, docet; licet ipse ad eam probandam alia via procedat.

QUÆSTIO II.

Utrum Legis Prohibitio faciat actum Individuum, & de Regula, Utile per Inutile.

PRæsens quæstio facillime resolvitur ex antecedenti; nam qui volunt, ex legis Prohibitione actum reddi individuum, moventur ex eo, quod Prohibitio legis tacitam conditionem habet, *Si quid contra fiat, ratum ne esto*. Sed jam demonstratum est, Conditionem non immutare naturam actus. Ergo nec etiam legis Prohibitio immutabit, ex eo quod in ipsa tacita conditio inest, nempe invaliditatis, si contra legem fiat.

Verum quia in hac quæstione speciatim examinanda plurima occurrunt, quæ dependent a Regula, *Utile per Inutile*, propterea de ea hic videndum est.

Ulpianus in *l. 1. §. sed si mihi, ff. eodem*, ita Regulam concipit: *Utile per Inutile non vitiatur*. Exemplum tamen; quod apponit, non pertinet ad tractationem de Dividuis, sed ad materiam de rebus Unis; loquitur enim de rebus pluribus, licet simul aliquo modo unitis. Exemplum itaque est in eo, cui stipulanti Pamphilum, responsum est, *Dabo Stichum, & Pamphilum*. Et respondit Ulpianus, Stipulationem utilem esse in Pamphilo, in quo responsio congrua fuit interrogationi: inutilem esse in Sticho. Ratio dependet, ex eo quod duæ fuerunt Stipulationes: quippe tot Stipulationes sunt, quot species, seu summæ, *l. scire debemus*, *l. ubi autem*, *§. pen. ff. eod.* Et demum hac in re addit, Utile per Inutile non vitiari; scilicet in rebus pluribus, vel in pluribus Stipulationibus, quamquam aliquo casu conjunctis.

Imo in rebus pluribus accidit interdum, rem inutilem utili corroborari. Et Justinianus in *l. un. §. 1. C. de rei uxor. act.* notat, in instrumento Stipulationem unam validam aliis inutilibus suam præstare fortitudinem. Exemplum ex Accursio ibidem est, cum Stipulatio pœnalis additur Stipulationi alteri factæ, nam illa, quæ est utilis, tribuit robur huic, licet inutili.

Doctores tamen regulam Ulpiani examinant in re dividua, vel individua: quod & nos hic faciemus.

I. Ergo in Dividuis Utile per Inutile non vitiatur, non obstante prohibitione legis. Ita lex prohibet, donationem fieri ultra 300. solidos, vel 500. si pro causa pia fiat, sine insinuatione; tamen quæ ultra est, non ruit, nisi in excessu: & Utile per Inutile in re dividua, uti est summa, non vitiatur, *l. sancimus*, *§. 1. C. de donation.* Sic Fidejussor, qui in plus intercessit, obligatur in tantundem, *l. rogatus*, *ff. mandati*. Et qui stipulatur usuras ultra legitimum modum, petet usuras legitimas, *l. pecuniæ*, *l. placuit*, *ff. de usuris*. Tandem si census superet fructus rei censitæ, contractus censualis in excessu solum est invalidus: quippe census de natura sua dividuus est, ut qui in fructibus, vel pro iis in quantitate consistit. Et argumento est, quod re censita pro parte pereunte, perit census non in totum, sed pro ea tantum parte, ut in Bulla Pii V. Gibalinus *de pensionibus cap. 6. art. 11. n. 7.*

Obstare videtur *l. si Libertus*, *§. 1. de jurepatr.* ubi si Libertus plures res simul alienando, minorem se centenario fecerit, non fit revocatio ex singulis pro rata, ut centenarius fiat, sed omnium rerum alienatio nullius momenti esse dicitur.

Verum hic casus specialis est, ob fraudem. Libertus enim, cum plures res simul alienando, minor centenario fit, id facit in fraudem Patroni, & ipso Jure alienatio nulla est, *d. l. si Libertus*, *in princ.* Fraus autem totam æque alienationem afficit, nec versatur magis in una re, quam in alia, cum omnes simul alienatæ sint, argumento ex *l. si duo*, *§. quod si tauccm*, *ff. depositi*. Quia ergo alienatio revocata est ob fraudem, & fraus in tota alienatione intercessit, ideo tota etiam alienatio nulla est.

II. In Individuis Utile per Inutile vitiatur.

tiatur. Verum hæc in re Individuum speciali quadam ratione attenditur, contra quam in reliquo præsenti tractatu. Quippe Individuum hic quatuor modis accipi posse, notat Bartolus in *l. Græce*, §. *illud*, *ff. de Fidejussor.*

Primo ob formam alicui actui a lege impertitam. Sæpe enim Lex solemnitates aut conditiones pro forma habet; & inde una ex his deficiente, actus ruit in totum. Ita si Prætor citra exactam causæ cognitionem, quam Oratio D. Marci præscribit, transigi permittat de alimentis testamento relictis, Transactio nullius erit momenti, *l. cum hi*, §. *si Prætor*, *cum seq. ff. de Transact.* Nam ea Oratione de tribus Prætor videre debet, de causa, de modo, de personis, *d. l. cum hi*, §. *ult.* Et si ad eligendum Laici se immisceant Canonicis, electionis nulla omnino ratio habetur, *cap. Messana*, *de elect.*

Ceterum hæc forma in dubio non videtur inducta, ne actus ruant; in dubio enim id, quod minimum est, sequimur. Ita in donatione, quæ excedit summam legitimam, insinuatio pro forma non exigitur, cum non infirmetur in totum, sed in excessu, *d. l. sancimus*, §. 1. Hinc intelligi potest, si Prælatus locet res Ecclesiæ ultra triennium, sine Summi Pontificis assensu, locationem pro triennio valere, quamvis contrarium doceant Jas. in *auth. qui rem*, C. *de Sacros. Eccl.* Alex. *cons.* 52. Tempus enim sui natura divisionem recipit, *l. si peculium*, §. *quædam*, *ff. de statu lib.*

Secundo ob dependentiam, nam vitiato principali ruit & accessorium: & legato servo cum peculio, si servus a Testatore alienetur, manumittatur, vel vivo Testatore decedat, nec peculium debetur, *l. 1. & 2. l. tunc inutile*, *ff. de pecul. leg.* Interdum ob accessorium corruit principale, nam ob ephippium non præstitum redhibetur equus, *l. ædiles 2. ff. de ædilit. edic.* Et si Judæus emat fundum cum adscriptitiis Christianis, tota venditio nulla est, ob adscriptitios Christianos, quos Judæus emere nequit, Glossa communiter recepta in *l. quemadmodum*, *v. manserunt*, C. *de agric. lib.* 11.

Tertio ob voluntatem Contrahentium; hinc enim contractus censentur individui, quia quis aliter non contraxisset, *l. quod si duo*, *ff. de in diem addict. l. si quis aliam*, *ff. de solut.* Imo videtur potius res una, ut infra de *Rebus Unis*. Quare si in hominem liberum & servum compromissum sit, est Compromissum nullum etiam in homine libero, propterea quod in servum compromitti non potest, *l. Pedius*, §. 1. *ff. de arbitr.* Et hinc fortasse dependet ratio, cur si Fidejussor se obliget in duriorem causam, quam reus (duriorem, scilicet, loco, tempore, causa) omnino non obligetur, *d. l. Græce*, §. *illud.* Id tamen Bartolus ad formam refert.

Quarto ob naturam; cum scilicet quid sua natura partes non recipit. Puta quia recognitio Domini individua est, ideo si Emphyteuta pro parte emponemata, vel Jus emphyteuticum alienet, irrequisito Domino, contra legis vetitum, in totum cadit a Jure suo, *l. 3. §. fin. C. de Jure emphyt.* Alex. Alciat. aliique in nostra *l. 4. §. Cato*, post Glos. in *l. communi*, *C. comm. divid.*

Objicies I. ex *l. proprium*, *ff. comm. prædior.* ubi si vendam prædium meum, & stipuler servitutem individuam mihi & vicino, quia alteri non acquiro, totam mihi acquiro.

Respondetur, id speciale esse ob Jus non decrescendi; nam cum stipulor mihi, tota res mihi acquiritur: cum vero etiam alteri rem eandem stipulor, quia stipulatio non valet, res mihi non decrescit, & adjectio Extranei pro supervacanea habetur. Ita communiter Doctores cum Bartolo *ibidem*. Quamvis autem in contractibus Jus non decrescendi locum habeat, secus tamen est de Jure accrescendi, quod in ultimis tantum voluntatibus admittitur. Si enim stipulor decem, vel Stichum, vel aliam rem dividuam, mihi & Titio, dimidiam partem mihi acquiro, pro altera dimidia inutilis est stipulatio, nec mihi accrescit, ut notat Pacius in §. *quod si quis*, *Instit. de inutil. stipul.* Verius tamen fortasse dicemus, in *d. l. proprium* duas esse Stipulationes.

Objicies II. quia si duo, alter sciens, alter ignorans, emant liberum hominem, qui se vendi passus est, respectu scientis venditio est inutilis, totusque homo ignoranti acquiritur, *l. liberis*, §. *si duo*, *ff. de liber. causa*, *l. fin. ff. quib. ad libert. proclam. non lic.* Et tamen libertas individua est, *l. si pariter*, *in fine*, *ff. de liber. causa*.

Respondetur, scientem excludi ex culpa sua, qui ignoranti præjudicium inferre non potest, cum non possit alteri per alterum iniqua conditio inferri. Vide de his omnibus late Alciatum in *prælect. Avenionensi ad d. l. 1. §. sed si mihi*, a *n.* 3. & Covarr. 2. *var.* 16. Hic

vero etiam rectius dicemus duas esse stipulationes.

QUÆSTIO III.

An Jusjurandum reddat rem, cui subditur, individuam.

ETsi vulgo Doctores affirment, verius tamen est, distinctione adhibita esse procedendum. Aut enim loquimur de ipso Jurejurando, aut de re, cui adjicitur. Si de ipso Jurejurando, fateri omnino oportet esse individuum, cum nequeat quis pro parte esse perjurus: eodem modo, quo fides etiam individua est, & quisquis eam in parte temerat, totam violat, *can. pura*, 3. *q.* 9. Quare qui decem dare juravit, si quinque tantum solvat, in totum perjurus est, tanquam si nihil dedisset: & in hoc Doctores consentiunt. At si de re, in qua Jusjurandum interpositum est, loquamur, potius est, eam, si dividua est, remanere adhuc divisionis capacem, argumento ejus, quod dicitur in *l. heredes*, §. *idem Juris*, *ff. fam. ercisc.* ubi si pecunia sub pœna promissa sit, remanet obligatio dividua; at parte soluta, pœna in totum committitur; nam nec pœna, nec jusjurandum naturam rerum mutare & subvertere potest, & facere individuum id, cui sua natura partes insunt: naturæ enim rerum immutabiles sunt. Vide textum in *l. hæc scriptura*, *ff. de condit. & demonstr.*

Hæc locum habent in re una dividua; nam si Jusjurandum pluribus rebus subjiciatur, tunc qui unam tantum non observat, in ea tantum est perjurus; non quod Jusjurandum sit eo casu dividuum, sed quia tot Jurajuranda interposita censentur, quot sunt res, exemplo stipulationis, legati, venditionis, & similium, quæ pro numero rerum multiplicata intelliguntur, ut recte observat Cancerius *par.* 3. *variar. qu.* 17. *num.* 80. Quare Libertus, qui Patrono operas, donum, munus, se præstiturum juravit, si præstet operas, & donum, sed non munus, in eo tantum perjurus est, quia triplex Jusjurandum factum censetur: & qui juravit, se stare arbitrio, si arbitrium plura & distincta capita comprehendat (quo casu plura arbitria esse dicuntur) & jurans uni stare renuset, non erit in omnibus perjurus; & debent Arbitri in reliquis arbitrium executioni demandare, ut idem Cancerius docet.

His ita præmissis, jam ad ipsas obligationes dividuas individuasque explicandas aggrediamur. Qua in re eum ordinem tenebimus, qui proponitur a Paulo in *l. in executione*, *ff. eod.* ubi totius hujus artis epilogum haberi, ait Zasius *ibidem*. Dividit Paulus obligationes omnes in species quatuor. Aliæ sunt petitione & solutione dividuæ. Aliæ e contrario petitione & solutione individuæ. Duæ reliquæ species veluti ex his mistæ sunt; nam quædam sunt dividuæ petitione, individuæ solutione: quædam e contrario solutione dividuæ, petitione individuæ. Quæ quatuor species summa arte collectæ sunt, teste *ibidem* Cujacio.

His pro complemento adjungamus, veluti pro Mantissa, brevem tractationem de rebus Unis, quas vulgo perperam cum Individuis confundunt. Unde plures & magni in toto hoc tractatu errores orti sunt.

CAPUT II.

De Dividuis Petitione, & Solutione.

HÆc sunt, quæ a pluribus unius Creditoris heredibus non petuntur in solidum, sed a quoque pro ea parte, pro qua heres est: & a pluribus heredibus unius Debitoris solvuntur non in solidum, sed a quoque pro parte sua; nam ex lege XII. Tabularum dividua non attenduntur ut divisa, nisi in heredibus: quippe in ipso Creditore & Debitore relicta sunt indivisa, ut jam supra monuimus, & infra latius in *qu.* 1.

Hujusmodi sunt in Stipulatione dandi, Quantitas, Species, Ususfructus: In Stipulatione faciendi, Stipulationes Prætoriæ ad quanti ea res est, Vacuam possessionem tradi, Rem restitui, Amplius non agi. De singulis dicamus.

De Dividuis, quæ in dando. De Quantitate.

NOmen Quantitatis, si nihil aliud additum sit, refertur in Jure nostro ad pecuniam numeratam. Et est potestas, seu valor, cujus signum seu nota est character nummo impressus. Sic unus aureus, decem aurei, quantitates dicuntur. Unde fit, ut quantitas res incorporea sit, *l. plane ubi*, §. *sed si non corpus*, *ff. de leg.* 1. *l. quisquis mihi*, *ff. de leg.* 3. Eodem modo res incorporea est nummus, attenta non materia seu substantia, quæ

præ-

præstatur a natura, ut argentum, æs, aurum, unde oritur valor nummi intrinsecus; sed attento valore extrinseco, ei a lege dato, qui semper intrinseco valore major est, *l. si is cui, ff. de solut. l. qui heredis, ff. de condict. indeb.* Hotomanus *qqu. illustr.* 15. Vultejus *discept.* 10.

Hinc oritur discrimen inter legatum Corporis & Quantitatis; quod si corpus idem sæpius in eodem testamento legatum fuerit, semel tantum peti potest, sufficitque vel rem haberi, vel rei æstimationem: legata vero quantitate, toties legatum debetur, quoties apparuerit Testatorem summam voluisse multiplicare; de qua re latius in *d. l. plane ubi, §. si eadem res, eum seq.* Cujacius 14. *obs.* 19.

Verum etsi Quantitas res incorporea sit, & proinde individua, tamen hic attenditur ut relata ad ipsa corpora nummorum, & propterea partium præstationem recipit, nostra *l.* 2. *§. & harum, l. si stipulatus, §.* 1. *ff. de solut.* Simile est in Ususfructu, quod Jus incorporeum est, tamen prout refertur ad fructus, dividuus censetur, *l.* 1. *§. si ususfructus, ff. ad legem Falcidiam.*

Itaque si pecuniam apud te deponam, possum quidem ego solidum a te petere; quia licet obligatio sit rei dividuæ, est tamen in principalibus indivisa, ut infra latius. At si moriar, pluribus heredibus relictis, quia actio, quæ in me erat indivisa, in heredibus meis ex lege Decemvirali est divisa, quisque heredum petet a te pro parte hereditaria, & cuique partem ipse solves: residuo apud te remanente, donec alii petant, vel si hoc recusaveris, in æde depones, *l.* 1. *§. si pecuniam, ff. depositi*, ubi notatur, non ita esse, si res deposita individua sit, nam quisque heredum a te petet solidum, & solidum ei, qui agit, solvere teneris; ita tamen, ut satisdationem idoneam accipias in hoc, quod supra ejus partem est. Satisdatione autem non interveniente, rem in æde depones, & omni actione liberaberis, Afflictus *dec.* 18. Surdus *dec.* 345.

E diverso si ipse obeas, pluribus heredibus relictis, obligatio pecuniæ reddendæ, quæ in te erat indivisa, jam in tuis heredibus ex eadem lege XII. Tabularum divisa est: quare nequeo ab uno ex heredibus, nisi partem, pro qua heres est, petere, *l. si duo, ff. depos.* Cujacius hic in *l.* 2. Alciatus in *l. in executione, v. prima species, ff. eod.* qui recte monet, id totum a lege XII. Tabularum pendere.

Hinc intelligimus, Regulam, quæ ait, *Ex persona heredum conditio obligationis non immutatur*, locum habere in obligationibus individuis, *d. l.* 2. *§. ex his*; cessare vero in obligationibus dividuis, ut notat Paulus in *l.* 2. *§. incertam, ff. de Prætor Stipul.* quippe obligatio indivisa in Defuncto, fit in heredibus divisa.

Objicies. Quantitas genus est, & per modum generis debetur; quare nec perire unquam potest, nec deterior fieri potest, uti est de genere, *l. incendium*, C. *si cert. petat.* Sed Genus est individuum, hic in *l.* 2. *§. & harum*. Ergo etiam Quantitas.

Distinguendum est, Quantitatem tunc dici genus, ubi quis nummos promittit: secus vero esse, cum promittit hos decem nummos; quo casu speciei assimilatur, *l. si certos, ff. eod.* Fab. *de var. solut. qu.* 4. *n.* 59. & mox clarius patebit.

De Specie.

Species in Jure nostro vocantur corpora, ut talis equus, talis fundus, Stichus. Et hæ in Jure dividuæ sunt omnes: at non eodem modo, nam ut monuimus, aliæ ex ipsis partes admittunt pro indiviso, & pro diviso, ut fundus; aliæ pro indiviso tantum, ut Stichus, quem si dividas, perdes. Propterea Aristoteles vocat ἄτομα, *Individua*, physice scilicet, quippe partes pro indiviso intellectu Juris constituuntur, *l. servus, ff. de stipulat. servor.*

Hinc fit, ut obligatio dandi speciem dividua sit, & æquiparetur obligationi dandi quantitatem. Ita in *l. si stipulatus, §.* 1. *ff. de solut.* qui decem debet, & Stichum debet, partem solvendo, pro ea parte liberatur; & in *l. pars stipulationis cum sequ. ff. de acceptilat.* tam in nummis, quam in certo corpore, potest ex parte acceptilatio fieri: veluti si uni ex pluribus heredibus Debitoris accepto feram. Concordat nostra *l.* 2. *§. idemque*, & *l. quidam, ff. de rebus creditis.*

Verum plures hic casus sunt distinguendi. I. Cum stipulor Stichum, vel talem fundum, inter heredes meos ita dividitur stipulatio, ut partes corporum cuique debeantur, *l. in stipulationibus, in princ. ff. eod.* Solutio vero a Promissore non uno modo fiet; nam si species non recipiat partes, nisi pro indiviso, ut

ut est in Sticho, uni ex heredibus solvet Stichum, cautione recepta, ut is in judicio familiæ erciscundæ pretium partis coheredi solvat, tanquam si res esset individua, hic in *l.* 2. §. *ex his* juncta *l. non amplius*, §. 1. *ff. de leg.* 1. At si species partes recipiat etiam pro diviso, ut est in fundo, Promissor cuique partem solvet, *d.* §. 1.

Unde duplex divisio est. Una dicitur fieri numero, ut cum fundum in duos fundos divido, frumentum vel pecuniam in duos acervos; quæ locum habet in iis, quæ partes pro diviso accipiunt. Altera dicitur per partes, estque in iis, quæ partes tantum pro indiviso admittunt, *l. cum Stichus*, *ff. de solut. l. si centum*, *ff. eod.*

II. Cum moritur Promissor pluribus heredibus relictis, si quidem debitum sit fundi, a singulis heredibus Stipulator partem fundi petet: at si debitum sit Stichi, aget in solidum contra unumquemque, sed conventus non condemnabitur, nisi pro qua parte heres existit: tamen nisi speciei integræ solutione liberatio non contingit, *l. si duo*, *in fine*, *ff. depositi*. Ideo autem Creditor aget in solidum, quia actio in quantum ad ipsum manet indivisa; nec enim dividitur, nisi in heredibus ipsius.

III. Si Servus communis Stichum sibi dari stipuletur, ita dividitur stipulatio inter Dominos, ut cuique pars corporis Stichi debeatur, *d. l. in stipulationibus*, *in princ.* Pariter si Stichum & Pamphilum Servo communi promittam, dimidiæ singulorum partes singulis Dominis debentur, ita ut uni Stichus, alteri Pamphilus solvi non possit, *d. l. cum Stichus*.

Neque tamen hinc inferas, Dividuum esse etiam divisum in Principalibus contra legem XII. Tabularum; nam hi casus nihil ad eam legem pertinent; cum ideo hic statim divisio fiat, quia Servus communis vicem duarum personarum substinet, *l.* 1. §. *communis*, *ff. de stipul. Servor.* Perinde ergo est, ac si duo Servi stipulati essent separatim, quisque partem. Et divisio est ex voluntate Contrahentium.

Nonnulla sunt, quæ e contrario Speciem rebus Individuis accensendam esse suadere videntur. I. Statua, quæ species est, computatur inter res individuas in *l. fideicommissa*, §. *pen. ff. de leg.* 3. ubi si Testator jussit opus fieri, statuam collocari, servitutem constitui, quisque heredum tenetur in solidum, quia hæc divisionem non recipiunt, ut ibi dicitur.

Verum est distinguendum inter statuam, quæ est species, & in consequens dividua, & collocationem statuæ, quod est opus, & ideo individuum, *l. in executione*, §. *secunda*, *ff. eod.* Itaque non agitur de obligatione dandi, sed faciendi.

II. Ex *l. si servus servum*, §. *item si*, *ff. ad legem Aquiliam*; nam si servus communis, meus & tuus, sit occisus a servo Titii, alterutri ex Dominis agenti servus occisor noxæ dedi ei in solidum oportet; quia, ut ibi Ulpianus ait, *hæc res divisionem non recipit*.

Id tamen ita est, non quia servus partes pro indiviso non recipiat, sed quia lex jubet Dominum, si litis æstimationem præstare nolit, jubet inquam servum noxæ dedere, §. 1. *Instit. de noxal. action.* Qui autem servum dicit, totum dicit, non partem: ex quo fit, ut noxæ deditio individua sit, & cum Ulpianus ait, *Hæc res divisionem non recipit*, non intelligit servum, sed noxæ deditionem, ut *ibidem* recte Accursius explicat. Ceterum qui servum uni ex Dominis noxæ dedit, officio Judicis etiam ab altero Domino est absolutus; & is, qui noxæ deditus est, alteri tenetur judicio communi dividundo. Vide in *l. si in re communi*, *ff. de noxal. action.* Ex quo etiam manifestum fit, servum rem dividuam esse; nam quæ individua sunt, in hoc Judicium non veniunt, *l. arbor*, §. *de vestibulo*, *cum* 2. §§. *seqq. ff. comm. divid.*

Ex eadem ratione dependet, quod dicitur in *l. si servus communis*, *in princ. ff. de noxal. act.* ubi si servus communis furtum fecerit, quilibet ex Dominis in solidum noxali Judicio tenetur, nec ferendus est, si partem dedere fuerit paratus; nempe quia lex jubet servum noxæ dedi.

Vulgo tamen Doctores causam referunt ad id, quod dolus & delictum individuum sit, *l. in depositi*, *ff. depos. l. semper*, §. *si in sepulcro*, *ff. quod vi aut clam*. Hinc si plures res plures furto subtraxerint, vel damnum in eis dederint, ratione delicti individui, in solidum quisque tenetur, & convenitur, nec uno punito ceteri liberantur, *l. item Mela*, §. *sed si plures*, *l. ita vulneratus* §. *fin. ff. ad legem Aquiliam*, *l. tres tutores*, §. *sed si ipse*, *ff. de admin. tutor. l. vulgaris*,

ris, §. *si duo*, *ff. de furtis*, *l. si plures*, *ff. arbor. furt. caesar. l. 1. C. de condict. furt.* Quare cum ex constit. Regni *Ad hoc*, ex furto ultra unciam fur capite plectatur, & plures sint, qui omnes simul ultra unciam surripiant, quisque legis pœnam subibit.

Hinc etiam si plures pro medietate consilio hominem necaverint, licet non omnes percusserint, omnes tenentur lege Cornelia de Sicariis, quia omnium idem est dolus, *l. 2. §. si quis non homines*, *ff. de vi bonor. raptor. l. 3. ff. ad legem Juliam de vi privata*. Secus est in rixa, ubi ictus uniuscujusque contemplari oportet, quia singulorum dispar dolus, *l. ult. ff. ad legem Corneliam de sicariis*. Propterea illo casu omnes irregulares fiunt, isto ille solus, qui vulnus letale intulit, Alex. *cons. 2. lib. 7.* Anchar. *consil.* 216. Felin in *cap. significasti*, *de homicidio*.

Quod si de vulnerante letaliter non constet, omnes civili pœna pecuniaria plectuntur, *d. l. item Mela*, §. *sed si plures*, *l. 1. §. ult. ff. de his, qui dejec.* Pœna vero ordinaria non tenentur, *l. absentem*, *ff. de pœnis*, ibi: *Sed nec de suspicionibus debere aliquem damnari, D. Hadrianus Aufidio Severo rescripsit. Satius enim esse, impunitum relinqui facinus nocentis, quam innocentem damnari*, Fab. in *d. l. ita vulneratus*, late Valentia hoc *tract. cap. 4. a num. 30. ad 35.* De hac tamen re latius, cum de Individuis, ubi de Clausola Doli mali.

QUÆSTIO I.

An Creditor invitus partem quantitatis vel speciei a Debitore recipere cogatur.

IN varias opiniones a Doctoribus discessum est. Alciatus in libello *de divis. Stipul. in princ.* docet, Creditorem vel invitum partem recipere cogi, in eaque liberationem contingere. Alii post Jacobum de Ravenna in contrarium nituntur. Alii varie distinguunt post Gloss. in *l. quidam*, *ff. de rebus creditis*.

Verius puto, regulam esse, Creditorem non cogi ad partem pecuniæ vel speciei debitam recipiendam: quod tuetur Melchior de Valentia hoc *tract. cap. 4. a nu. 36* Faber *de variis solut. cap. 7. a num. 29. ad 66.*

Et probatur ex *l. tutor*, §. *Lucius*, *ff. de usuris*, ubi qui centum sub usuris debebat, obtulit Creditori partem æris debiti; & Creditore eam recusante, obsignavit & deposuit. Respondit Modestinus, *Non retardari totius debiti usurarum præstationem*. Cujus rei causa alia esse non potest, nisi quia Creditor partem recipere non cogitur. Unde in *l. obsignatione*, *C. de solution.* dicitur, *Obsignatione totius debitæ pecuniæ solemniter facta liberationem contingere*. Ergo parte obsignata, liberatio non contingit.

At vero quæ sit hujus dispositionis ratio, dubitatur. Et dubium oritur ex eo, quod quantitas & species dividua sunt; quare juxta sui naturam videntur recipere posse & debere solutionem per partes. Faber *nu.* 31. eam esse opinatur, quia obligatio, ut quid incorporale, individua est. Id tamen varium est; non enim hic attenditur obligatio in se, sed relata ad materiam, quæ in obligationem deducta est, quæ si fuerit dividua, obligatio etiam ut dividua habetur, *l. in executione*, *in princ. ff. eod.* Alioquin nunquam dividui ratio locum haberet, de qua propter obligationem quæritur. Alii rationem esse dicunt, quia damno afficeretur Creditor, si per partes solutionem accipere cogeretur; cum solutio & exactio partium magna persæpe incommoda habeat, *l. 3. ff. fam. ercisc.* Verum neque hæc ratio proba est; quia si aliquid urgeret, locum etiam haberet in heredibus Debitoris: & tamen certum est, heredem quemque non cogi, nisi suam partem solvere, *l. si duo*, *ff. depos.*

Ea ergo ratio vera est, quia lex XII. Tabularum res dividuas reliquit indivisas in Debitore, & Creditore, easque solum divisas fecit in heredibus eorundem, nostra *l. 4. §. sed videamus*, & jam supra dictum est. Si ergo in Debitore ipso indivisa est, nequit Creditorem cogere ad partem accipiendam, *d. l. tutor*, § *Lucius*. E contrario, quia in heredibus Debitoris divisa est, cogitur Creditor a singulis eorum partem accipere, *d. l. si duo*. Hinc est, quod olim e duobus correis, sive debendi, sive promittendi, etiamsi quantitas aut species in contractum deducta fuisset, tenebantur in solidum singuli. Quod sustulit Justinianus in *auth. hoc ita*, *C. de duob. reis*; qui propterea eo casu fecit rem dividuam in ipsis Principalibus divisam: nec enim dispositio Justiniani procedit in re individua, quam utique non divisit, quia nec potuit, argumento ex *l. heredes*, §. *idem Juris*, *ff. fam. ercisc.* & monet Cujacius hinc in *l. 2. §. si tamen*. Quoniam ergo in specie nostra nihil immutatum est, manet ut ex lege Decemvirali

virali obligatio Debitoris indivisa sit, nec ipsum posse per partes solvendo liberari.

Excipe I. Cum ita inter Debitorem & Creditorem conventum est, ut liceat etiam particulatim, quod acceptum est, exsolvere; tunc enim in parte soluta liberatio contingit, & cessat pro ea parte usurarum cursus, *d. l. tutor*, §. *Lucius*. Nempe quia res dividua indivisa potest conventione Contrahentium fieri divisa, *l. in stipulationibus*, *in princ. ff. eodem l. cum Stichus*, *ff. de solut.*

II. Favore libertatis, *l. cum heres*, §. *item si decem*, *ff. de statulib.* ubi *si servus decem heredi dare jussus fuerit*, *heres etiam per partes accipere favore libertatis cogendus est*. Et ita intelligendus est textus in *l. si peculium*, §. *quadam*, *ff. cit. tit.* ibi: *Igitur etsi singulos aureos det Statuliber*, *potest diei eum implesse conditionem*. Quibus verbis frustra Faber *nu.* 43. addit negationem, & legit, *Eum non implesse*. Et quoniam exceptio firmat regulam in contrarium, inde fit, ut ex his etiam legibus constet, regulam esse, ut Creditor particulatim pecuniam accipere non cogatur.

III. In Debitore Principis, ex *l. placuit*, *C. de collat. fundor. patrimon.* ubi iis, qui fundos Principis, sive ut patrimoniales, sive ut emphyteuticos possident, sub præstatione annui canonis, conceditur ut eum solvant, quo voluerint tempore, & qua voluerint quantitate, modo tres præstationes & illationes non excedant. Quod ideo statutum est, quia Princeps non se acerbum exactorem præbere debet, ut de Curatore Reipublicæ dicitur in *l. si bene*, *ff. de usuris*.

IV. Si non totum debitum sit liquidum; nam non cogitur Debitor, nisi partem liquidam solvere, de cetero satis est, si satisdet, *l. statuliber rationem*, *ff. de statulib.* ubi Statuliber rationes reddere Jussus, si quod apparet, solvit, & quod obscurius est, satisdare paratus sit, libertatem consequitur. Aliquando nec satisdatio exigitur, veluti si de cetero litigare oporteat, *l. permittendum*, *ff. si pars heredit. petat*. Huc etiam pertinet *l. quidam*, *ff. de reb. cred.* de qua infra.

V. Si Creditore volente particulatim solutio fiat. Et ita intelligendus est textus in §. *sicut autem*, *Instit. quibus mod. toll. oblig.* cum ait: *Sicut autem quod debetur*, *pro parte recte solvitur*, *ita in parte debiti acceptilatio fieri potest*, id est, ut par sit in utroque casu ratio, & sicuti acceptilatio non fit, nisi Creditore volente, ita nec solutio pro parte; nam una determinatio plura respiciens, omnia æqualiter determinat: quare frustra hic textus ab Adversariis pro contraria opinione allegatur. Eodem modo explicari debet, quod habetur in *l. illud*, *ff. de solut.* ubi si par & dierum & contractuum causa sit, ex omnibus summis pro portione videtur solutum; nam alioqui si dispar ratio sit, in antiquiorem vel graviorem causam solutum intelligitur, *l. in iis*, *in princ. ff. cit. tit.* Ita etiam de volente Creditore accipiuntur *l. cum decem*, *l. filius*, *l. si is qui*, §. *fin autem*, *ff. cit. tit. l. centum Capuæ*, *ff. de eo*, *quod certo loco*.

Quæres, an solutio partis, Creditore volente, perimat pro ea parte obligationem. Et dicimus perimere ex *l. si stipulatus sum* 9. §. 1. *ff. de solut.* ubi qui decem debet, partem solvendo, in partem obligationis liberatur, & reliqua quinque sola in obligatione remanent. Non ita est in re individua; nam qui hominem in genere debet, partem Stichi dando, nihilominus hominem debere non desinit, ut *ibidem* habetur.

Neque est contrarium, quod dicitur in *l. si non sortem*, §. *si decem*, *ff. de condict. indeb.* nempe, *Non perimi partem dimidiam obligationis*: etenim ibi sermo est de obligatione alterna; promisit enim quis decem, aut Stichum; & hic solvendo quinque partem obligationis non perimit. Ratio est, quia obligatio alterna est solutione individua, *d. l.* 2. § *& harum*. Simile est in pignore & pœna, ut suis in locis.

Hinc fit, ut solutio partis pecuniæ mutuæ facta Creditore volente, remoretur pro ea parte usurarum præstationem, quamvis contrarium dicat Faber *num.* 40. Nam absurdum est, usuras peti ab eo, qui non debet, *l. si pupillus*, *ff. eodem*; & non debet is, cujus obligatio perempta est.

At vero contra præpositam a Nobis Regulam multa sunt, quæ objiciuntur. I. ex *l. quidam*, *ff. de reb. cred.* ubi Julianus de fundo & quantitate hæc habet: *Humanius facturus videtur Prætor*, *si Actorem compulerit ad accipiendum id*, *quod offeratur*, *cum ad officium ejus pertineat lites diminuere*. Ex quo textu Merenda *t. contr.* 32. colligit, distinguendum esse, ut Creditor invitus stricto Jure ad partem recipiendam cogi non potest, at possit ex æquitate Prætoris; præsertim si ex hac solutione particulatim facta nullo damno Creditor afficiatur.

Varie

Varie a Doctoribus responsum est. Faber *loc. cit.* a *num.* 48. non tam nodum solvit, quam secat; hanc enim *legem* inscitiæ Triboniani imputat. Et movetur, quia Prætoris officium non est judicare, sed illud solum, ut litem apud se contestari pateretur; ea contestata, si facti emergebat quæstio, daret Judicem; postremo dati Judicis sententiam exequeretur, *l. cum Prætor, in princ.* & §. 1. *l. judicium solvitur, ff. de judic. l. quod jussit, l. a D. Pio, in princ. ff. de re judic.* Movetur etiam, quia si petenti decem, vel fundum, quinque duntaxat, vel pars fundi offeratur, & Prætor cogat Creditorem accipere, diminuitur quidem hoc casu quantitas, & res, de qua lis est, sed non ipsa lis, quæ adhuc superest in reliquis quinque, & in reliqua parte fundi.

Placet tamen responsio Accursii, quam Doctores sequuntur, dum Julianum intelligit eo casu, quo totius quantitatis seu rei debitum liquidum non est; sed Debitor fatetur partem se debere, quam solvere paratus est: de altera autem controversiam faciat. Utique Prætor compellet Creditorem partem liquidam accipere ad litem diminuendam; ut est species textus in *l. permittendum, ff. si pars heredit. petat.* ubi Possessori hereditatis convento permittitur partem defendere, partem vero cedere. Et sane verbum illud *Permittendi* satis demonstrat id Prætoris officio fieri, Cujacius *lib. 48. Digestor. Juliani*, in *d. l. quidam.* Huc etiam facit *d. l. Statuliber rationem, ff. de Statulib.* nam servus liber Jussus esse, si rationem reddat, si quod liquidum est, solvat, & de illiquido satisdet, libertatem consequitur. Quod etiam est ex æquitate Prætoris; nam de æquitate Prætor cognoscit, qui *Liberalis* dicitur, *l. 1 C. si mancip. ita venierit.*

His ita positis, difficultates Fabri non obstant. Nam etsi Prætor, in causis ordinariis non judicaret, sed lite contestata Judicem daret, qui de facto cognosceret; id tamen verum est, quando aderat facti quæstio: nam si litis contestatio facti quæstionem & obscuritatem nullam pareret, Prætoris erat pronunciare, an res petita deberetur, ut ipse fatetur Faber ex *l. Titia*, §. 1. *ff. de auro & arg. leg.* ibi: *Si lite contestata Prætor ita pronunciaverit, ut materia præstetur;* & infra: *Paulus respondit, Prætorem, qui auro legato certi ponderis materiam præstari jussit, recte pronunciasse videri*. Jam ita est in casu nostro; nam ubi Debitor fatetur partem debiti liquidam, & eam offert, certe nulla facti quæstio circa eam est. Propterea nihil obstat, quo minus Prætor pronunciet, eam recte solvi & de illiquida vero Judicem adeant.

Ex quo sine dubio lis diminuitur; nam in *d. l. quidam, diminuere* legendum est, ut in Pandectis Florentinis, non vero *dirimere*, ut est in vulgatis. Quæ litis diminutio non est vana, ut obtendit Faber, sed sæpe utilis; nam inde fit, ut Statuliber libertatem consequatur, *d. l. Statuliber rationem*. Fit etiam, ut qui propter litem magni momenti tutor esse non poterat, ob diminutionem litis tutelam suscipere queat, *l. propter litem, ff. de excusat. tutor.* juncta *Novel.* 72. *cap.* 1.

Non omittam, textum in *d. l. quidam* a nonnullis intelligi, cum Reus coram Prætore conventus, fatetur totum debitum, sed præ paupertate non habet, unde totam simul summam solvat: quare Prætor, ne Debitor perpetuo in vinculis sit, contra textum in *l. mandatis, ff. de pœnis*, & in *l. incredibile*, *C. eit. tit.* jubet Reum solvere debitum pluribus pensionibus, damnatque eum, exempli gratia, præstare tot in singulos menses. Quæ explicatio, etsi minus vera, tamen ex æquitate hoc Jure utimur.

II. Objicitur ex Ulpiano in *l in iis*, §. 1. *ff. de solut.* ubi qui duos dederit Fidejussores, potest ita solvere, ut unum liberet: & Accursius *ibidem* id tam Creditore volente, quam invito, locum habere notat.

Facile ex eodem Accursio respondetur, nempe Ulpianum loqui, ubi Debitor non suo, sed Fidejussoris nomine solvit; cum enim ex epistola D. Hadriani plures pro uno Fidejussores non teneantur, nisi quisque pro parte sua; hinc quoties Debitor nomine unius Fidejussoris solvit partem ab eo debitam, solvit totum, quod is Fidejussor debebat, proinde eum liberat: & ita consequitur quis per alium, quod per se non potest, ut in specie *l.* & *per Jusjurandum*, §. *etsi Fidejussori*, *ff. de acceptilat.* ubi si Fidejussori acceptilatum fuerit, Reus licet non sit verbis obligatus, tamen in consequens liberatus intelligitur.

QUÆSTIO II.

De obligatione Heredum dandi rem dividuam sub conditione pœnæ.

Species est. Promisit Titius reddere sortem, quam ei mutuam dederam, exempli gratia,

tia, centum; & si ea soluta non esset, promisit pœnam decem. Titio vita functo, duo extiterunt heredes. Ex quo obligatio dandi quantitatem ex legibus est ipso Jure divisa inter heredes, *l.* 1. *C. si cert. petat. l. pacto. C. de pact.*

Petii ergo a singulis heredibus, ex quibus unus portionem suam solvit, alter non, vel quia noluit, vel quia solvendo non erat. Quæsitum est, utrum is solus, qui non solvit, pœnam committat, an ambo.

Respondet Pomponius in *l.* 5. §. *si sortem, cum seq. ff. eod.* pœnam dationi adjectam committi adversus omnes, in illis verbis: *Etiamsi unus ex heredibus tuis partem suam ex sorte solverit, nihilominus pœnam committet*. Id ipsum est etiam in specie dividua ex Paulo in *l. in executione*, §. *item si*, *ff. eod.* Nam si ita stipulatio facta sit, *Si fundus Titianus datus non erit, dari centum?* Paulus ait: *Nisi totus detur, pœna committitur centum; nec prodest partem fundi posse dari, cessante una.* Concordat idem Paulus in *l. heredes*, §. *idem Juris*, *ff. fam. ercisc.* ubi obligatio pecuniæ a Testatore sub pœna promissæ, dividitur inter heredes per legem XII. Tabularum; tamen nihil prodest ad pœnam evitandam partem suam solvere.

Quia vero dispositio hæc dura videtur, ut quæ punit eum, qui non deliquit, ideo de ratione legis inquiritur. Et quidem Alciatus in *d.* §. *si sortem* docet, rationem pendere ex natura conditionis: quippe stipulatio pœnalis concipitur sub conditione, si sors soluta non fuerit; conditio autem scindi non debet, tanquam individua. Verum hæc doctrina, ad quam sæpe recurrit Alciatus, conditionem esse individuam, jam supra a nobis rejecta est.

Non est recedendum a ratione, quam Jurisconsultus ipse reddit in *d.* §. *si sortem cum seq.* nempe ideo ab herede, qui portionem suam ex sorte solvit, nihilominus pœnam committi, coherede non solvente, quia aliter injuria fieret Stipulatori. Verba Pomponii sunt: *Nec enim aliud in his stipulationibus sine injuria Stipulatoris constitui potest.* Putem, injuriam in hoc consistere, quia pœna stipulationi subjicitur, ut Stipulator sibi caveat, & tutior sit: quæ cautio evertitur, si pœna non tota committatur. Hinc fit, ut habeatur tanquam individua: ob quam etiam rationem causa pignoris individua est, *l. rem hereditariam*, *ff. de evictione*. Et recte comparatur pœna & pignus in *d. l. heredes*, §. *idem Juris*, *ff. fam. ercisc.* Ceterum semel ac quidpiam individuum est, omnes heredes afficit, ut hic in *l.* 4. §. *Cato.*

Occurrunt hic plura notatu digna. I. Omnes Promissoris heredes collectos teneri ad solidam pœnam quantitatis, singulos pro portione hereditaria, ut *ibidem* ex Azone notat Accursius, & consentit Cujacius in *d. l.* 4. §. *Cato*; & probatur ex eo textu, ubi etiam in stipulatione faciendi rem individuam pœna quantitatis ab omnibus heredibus committitur pro portione, pro qua heredes sunt. Ratio est, quia quantitas in pœnam deducta, dividua est. Aget ergo Stipulator in solidum contra quemque, sed conventus non nisi in partem damnabitur: verum non erit liberatus, nisi solidum solutum sit, argumento ex *l. si duo, in fine*, *ff. depositi*.

II. Heredi, qui non solvit, licitum fieri moram purgare, usquedum contestetur lis, ut constat ex illis verbis *d.* §. *si sortem*: *Pœnam committet, donec portio coheredis solvatur.* Quod verum est, si dies solutioni adjecta non sit; nam si fuerit dictum, *Si Kalendis proximis non solveris, promittis decem?* utique Kalendis transactis, moræ purgatio licita non est, *l. trajectitiæ*, *ff. de action.*

III. Heredi, qui solvit, debere fieri satis a coherede delinquente, *d.* §. *si sortem*; nam ille pœnam luit, ob delictum istius. Quod si coheres delinquens non sit solvendo, sibi imputet qui solvit, quod statim adita hereditate non fecit sibi caveri a coherede: non enim propterea injuria Stipulatori fieri debet.

Quod si accidat, ut heres ad evitandam pœnam, universam sortem solus solvat, judicio familiæ erciscundæ partem a coherede repetet, *d. l. heredes*, §. *idem Juris*, ubi etiam habetur, ante solutionem totius sortis posse heredem petere, ut sibi caveatur, si solus totam summam præstaverit.

IV. Heredem, qui solvit partem suam sortis, conventum pro pœna non posse uti exceptione doli, idest, objicere Creditori non posse, *Dolo facis, petens ex alterius facto alterum plecti*; nam si ea exceptione frueretur, utique lex ei non concessisset actionem contra coheredem delinquentem, ut sibi faceret satis.

Neque movemur, quod si duorum servorum nomine judicio sistendi causa, una stipulatione promittatur, uno non stato, si pro

rata

rata illius portione pœna offeratur, erit doli mali exceptione tutus Promissor, *l. si servus*, §. *si plurium*, *ff. si quis caution.* Dicimus enim id speciale esse in cautione judicio sisti, quam a Prætore introductam æquitas moderatur, *l.* 1. *l.* 2. §. *si quis municipalis*, *ff. eit. tit.* Alciatus in *d.* §. *si fortem num.* 7. Zasius *ibid. num.* 9. Præsertim cum doli exceptio a Jure etiam Prætorio descendat.

V. Hæc omnia vera esse in stipulatione dandi rem dividuam sub pœna dividua. Vera etiam esse, si pœna individua sit, veluti, *Nisi centum dabis, iter promittis?* Qui tamen casus distant in hoc, quod in primo quisque heredum tenetur pro portione hereditaria; in secundo, quisque in solidum, cum iter scindi non possit, ut in *l.* 2. §. *ex his*, *l. heredes*, §. *an ea*, *ff. fam. ercisc.* Quid vero dicendum sit de pœna subjecta factis, discutiemus in §. *Cato*.

De Usufructu.

Stipulatio servitutis in dando consistit, *l. si unus*, *l. ult. ff. de servit. rustit. præd. l. ult. ff. comm. prædior.* Dare hic est cedere servitutem. Et fallitur Accursius hic in *l.* 2. §. *viam*, cum putat servitutis stipulationem facti esse, non animadvertens, in eo §. *cum* 2. *seqq.* de Stipulationibus in dando dividuis agi, deinde in §. *item si in facto* sermonem haberi de stipulationibus in faciendo, ut *ibidem* Cujacius notat.

Omnes Servitutes, sive Reales, sive Personales, individuæ sunt, uno ex Personalibus excepto Usufructu, qui dividuus est. Sunt tamen qui putant, Usumfructum esse per se & natura sua individuum, licet in quantum ad utilitatem commoditatemque perceptorum fructuum dividuus sit; moti ex eo, quod Ususfructus est quidpiam incorporale, id est, Jus: & in re incorporali nulla sectio aut divisio locum habere potest, cum partibus careat. Quam opinionem post Rogerium amplexus est Accursius in *l. si cum duorum*, *v. communio*, *ff. de stipul. servor.* & tuentur Hotom. *qqu. illustr.* 20. Vinnius 2. *var. qu.* 22. aliique apud Castillum *de Usufr. cap.* 3. *n.* 21.

Sed hi non videntur animadvertisse animum ad nostri Juris regulam, quæ docet, rationem Individui in servitutibus non desumi ex natura Juris, sed ex natura usus, ita ut usu existente individuo, servitus & ipsa individua sit: & contra, usu dividuo, servitus sit dividua, ut apertissime habetur in *l. viæ*, *ff. de servitut.*

Discurrendum ergo in Usufructu, ut in Quantitate, quæ & ipsa incorporea est, *l. quisquis mihi*, *ff. de leg.* 3. & nihilominus in Jure nostro absolute dividua dicitur, *d. l.* 2. §. *& harum;* nempe quia attenditur prout relata ad ipsa nummorum corpora. Discurrendum etiam, ut in factis, quorum quædam dividua sunt, licet omnia sint incorporalia.

Verius itaque est, Usumfructum esse simpliciter dividuum, ut est communis Doctorum opinio: nempe quia frui fundo possum pro parte, id est, fructuum partem capere naturaliter possum, partem non capere, Cujacius in *l. stipulationes non dividuntur*, *ff. eodem.*

Jam Ususfructus aut attenditur inter Principales, aut inter eorundem heredes. Inter heredes Stipulatoris locum lex XII. Tabularum habere non potest; aut enim quis stipulatus est usumfructum sibi, & eo mortuo ususfructus extinguitur, nec ad heredes transit: aut stipulatus est sibi, suisque heredibus, ut in *l. antiquitas. C. de usufr.* & moriatur duobus heredibus relictis, in his novus ususfructus est; nam si novus non esset, transiret ex persona Defuncti in illas heredum, quod est absurdum. Vide Ariam de Mesa 3. *resol.* 48. *& sequ.* Quare heredes eo casu habentur ut principales, seu ut primi acquisitores.

Unde potest lex XII. Tabularum solum attendi in heredibus Promissoris, qui ante constitutum usumfructum decedat: quilibet heredum ipsius tenetur Stipulatori pro ea parte, pro qua heres est; est enim obligatio, quæ in Promissore dividua indivisa, jam inter heredes ipsius divisa, ut constat ex regulis supra traditis.

Ceterum inter ipsos Principales ususfructus, licet indivisus, sæpe eorum voluntate divisus intelligitur. Hinc I. *Ususfructus & ab initio pro parte indivisa vel divisa constitui potest, & legitimo tempore similiter amitti*, ut sunt verba Papiniani in *l.* 5. *ff. de usufr.* Nam potest quis usumfructum in parte sui fundi legare uni, in altera parte alteri, & diceretur ususfructus legatus pro parte indivisa. Quod si fundus sit limite intercisivo in regiones discriminatus (de divisione fundi Cujacius 14. *obs.* 11.) & uni legetur ususfructus unius regionis, alteri alterius, erit ususfructus legatus pro parte divisa. Hæc eadem locum habent

bent in amissione ex *l. nihil tam naturale*, *ff. de reg. jur.* Accidunt vero hæc, quia usufructus natura dividuus est, & per consequens potest voluntate Principalium fieri divisus: in casu primo constitutionis est divisus voluntate Testatoris; in secundo casu amissionis fit divisus voluntate ejus, qui acquisivit. Quare in Usu, qui individuus est, hæc omnia secus habent, *l. usus pars*, *ff. de usu, & habitat.*

II. Plures Fructuarii ejusdem fundi agunt quisque pro parte sua; nam usufructus pluribus concessus videtur ex pluralitate personarum contrahendo divisus. Quod non est in ceteris servitutibus, quæ individuæ sunt; nam si ædes plurium Dominorum fiat, singuli in solidum agent in servitute oneris ferendi, *l. etsi forte*, §. *si ædes*, *ff. si serv. vindic. l. sed usufructus*, *ff. ad legem Falcidiam*, *d. l.* 5. §. *Reo*.

III. In usufructu in stipulationem deducto pro parte acceptilatio fieri potest, nempe quia eo casu fit dividuus divisus. Secus est, si id, quod deductum in stipulationem est, divisionem non recipiat; nam acceptilatio in partem servitutis prædii rustici, vel urbani nullius est momenti, *l. & per jusjurandum*, §. 1. *ff. de acceptilat.*

IV. Ususfructus venit in judicium familiæ erciscundæ, quoties pluribus heredibus a Testatore relictus est, & qui erat unus, ab Arbitro inter duos dividitur, *l. & puto*, *ff. fam. ercisc.* Ita etiam venit in judicium communi dividundo, si legatariis, exempli gratia, relictus sit, *l. communi* 7. §. *cum de usufructu*, *ff. comm. divid.* In quæ judicia individua non veniunt, *l. arbor*, §. *vestibulum*, *cum sequ. ff. eit. tit. l. heredes*, §. *an ea*, *ff. famil. ercisc.*

V. Si conjunctim Ususfructus relictus sit, inter Fructuarios est Jus accrescendi, *l.* 3. §. *pen. ff. quib. mod. ususfr. amitt.* & *toto tit. ff. de ususfr. accresc.* Quod, nisi dividuus esset, utique locum non haberet; quippe tunc Jus accrescendi est, cum concursu partes fiunt, *l. un* §. *ubi autem legatarii*, *C. de caduc. toll.*

Tandem in Usufructu legato legi Falcidiæ locus est. Paulus in *l.* 1. §. *si ususfructus*, *ff. ad legem Falcidiam* refert, Veteres putasse ususfructum Falcidia non minui, sed ejus æstimationem ineundam, & ex pretio quartam partem heredi præstandam. Veteres intelligit eos, qui regulis Juris antiqui insistebant, quæ fluxerunt ex Jure civili, seu interpretatione Prudentum ad Leges XII. Tabularum. In horum numero fuerunt Sabiniani; nam de Attejo Capitone Sabinianorum Principe hæc habet Pomponius in *l.* 2. §. *post hunc*, *ff. de orig. Juris*: *Attejus Capito in his, quæ ei tradita fuerant, perseverabat*. Et notat Emundus Merillus 1. *observ.* 3. Sed quæ hujus decisionis ratio? Nam Ususfructus dividuus est, non sicut ceteræ servitutes individuæ, ut idem Paulus ait: quare nihil necesse est ejus æstimationem inire, tanquam si res individua esset, sed ipse omnino Ususfructus est minuendus detracta ex eo quarta. Certe ratio satis obscura est. Et videtur hic usurpandum vulgatum illud Sabinianorum dictum, probari debere ea, quæ a majoribus constituta sunt, licet ratio reddi non possit, *l. non omnium*, *ff. de legibus*.

At si recte attendamus, ratio investigatu difficilis non est? etsi enim ususfructus dividuus sit, cum tamen lex XII. Tabularum indivisum reliquit nostra *l.* 4. §. *sed videamus*. Si itaque indivisus est, nequit ex eo quarta ob legem Falcidiam detrahi. Meminisse enim oportet, non statim atque res qualibet dividua est, intelligi etiam, divisam; quippe XII. Tabularum leges nihil voluerunt esse ipso Jure divisum, nisi in heredibus, ut latius supra dictum est. Hæc ergo ratio Veteres & Sabinianos movit, qui interpretationibus Prudentum ad leges XII. Tabularum adhærebant.

Sed Aristo, ut refert Paulus *a Veterum opinione recessit, ait enim posse quartam partem ex eo (ususfructu) sicut ex corporibus retineri*. Si non aliunde, certe ex hoc ipso constat, Aristonem e numero Proculianorum fuisse, qui Veterum regulis insistere noluerunt, ut de Labeone illius scholæ, Principe monet Pomponius *d. l.* 2. §. *post hunc*. *Labeo* inquit, *ingenii qualitate, & fiducia doctrinæ, qui & ceteris operis sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit*. Ex ea ergo schola prodiens Aristo, Antiquorum placitis non acquievit, sequutusque strictam disputandi rationem statuit quartam ex ipso usufructu, non ex æstimatione ipsius retineri. Et movetur ex eo, quia ususfructus dividuus est, proinde corporibus comparatur; quare sicuti quarta retinetur ex corporibus, ita etiam ex usufructu. Cujus rationis vis in eo posita est, quod res dividuæ non solum legibus XII. Tabularum ipso Jure divisæ sunt, sed etiam lege Falcidiæ: quod patet in corporibus, ex quibus tanquam divisis

divisis quarta retinetur: quare etiam ususfructus, qui dividuus est, intelligitur lege Falcidia divisus, ut propterea ex ipso quoque quarta recte possit retineri. Atque in eum denique modum Aristo non solum suam firmabat sententiam, sed rationem etiam Veterum refellebat. Aristoni Julianus accessit.

Inter oppositas has Sabinianorum, & Proculianorum sententias medius se fert Paulus, & utramque sectam adhibita distinctione conciliare nititur: fuit enim Paulus ex numero Ercifcundorum. Ercifcundi vocantur, qui medias sententias sequuntur, ut notum ex Servio ad 3. *Æneidos*. Quod Paulus facit non modo hic, sed etiam alibi, ut in *l. in omnibus* 24. *ff. de acquir. rer. dom. l. lana*, *l. quaesitum est*, §. *illud*, *ff. de leg.* 3 & saepe alias, notante Merillo 1. *obs.* 6. Paulus itaque distinguit; si enim scire volumus, an ususfructus legatus heredis quadrantem laedat, aestimatio ejus ineunda est, ut Veterum sententia docet: ubi vero jam apparuit, eam laedi, ex ipso ususfructu, sicut ex corporibus, quarta pars detrahenda est, quae est Recentiorum traditio. Id ipsum habet Cajus in *l. si & ususfructus* 80. *ff. ad legem Falcidiam*.

Constant hinc de discrimine inter usumfructum, & ceteras servitutes legatas, quae cum individuae sint, in solidum legatariis praestantur, cum eo tamen, ut partis efferant aestimationem, *l. lege Falcidia* 7. *ff. cit. tit.* Quod etiam in aliis rebus individuis fit, ut in operis, *d. l.* 1. §. *si ususfructus*.

Ex his omnibus satis constat, quod dicebamus, usumfructum in Jure nostro simpliciter dividuum esse, quamvis contrarium Accursius affirmet, sed *multum improvide*, ut ait Zasius in *d. l. stipulationes non dividuntur num.* 8.

Objicies. Fructui inest & Usus, *l. per servum*, §. 1. *ff. de usu & habit*. Quare Fructus potest esse sine Usu, *l.* 5. §. 1. *ff. Ususfruct. quem cav.* Ut actus potest esse sine Itinere, *l. loci*, §. 1. *ff. de serv. vind.* Vide textum in *l.* 14. §. *ult. ff. de usu & habit.* & in *l. & per jusjurandum*, §. *si quis usumfructum*, *ff. de acceptilat.* Cujacius 13. *obs.* 12. Sed Usus est individuus, *l. usus pars*, *ff. cit. tit.* Ergo etiam Ususfructus: aliter eadem servitus partim esset dividua, partim individua, contra textum, in *l. eum qui*, *ff. de usucap.*

Doctores communiter post Jas. & Ang. respondent, Usum in Usufructu, inesse, non tanquam servitutem, sed tanquam commoditatem & utilitatem, & propterea ut quidpiam dividuum, ut cum dicitur quis uti itinere, *l.* 4. §. *in confessoriam*, *ff. si serv. vind.* Aliter in Usufructu duo essent Jura, non unum. Verum Forcatulus in *l. via*, *nu.* 17. *ff. de servit.* sit, usum conjunctum fructui, ob eam conjunctionem, degenerare, & fieri dividuum, transeundo in naturam ususfructus, qui potentior est usu. Sicuti in legatariis conjunctio realis adjecta verbali facit, ut legatum accrescat cum onere, quamvis per se sola accrescat sine onere, *l.* 1. §. *sin vero non*, *C de cad. toll.* nam saepe conjunctum a conjuncto laeditur, aut juvatur, *l. si communem*, *ff. quemad. serv. amitt. l. si ita* 13. §. *quaestio*, *ff. de manum. testam.* Et haec Forcatuli opinio palam videtur probari ex *l. si alii*, *ff. de usufr.* & latius dicemus in *cap. sequ.* cum de Usu agemus.

De Dividuis, quae in faciendo. De Stipulationibus Praetoriis, ad Quanti ea res est.

PRaetoriae Stipulationes aut rei restitutionem continent, aut incertam quantitatem, *l.* 2. *ff. de Praetor. Stipulat.* Restitutio rei accipitur dupliciter, vel ut opus, quod factum est, in pristinum statum restituatur, vel ut res praestetur. Et haec omnia sunt individua petitione, solutione dividua, ut Novi operis nunciatio, Cautio duplae, fructuaria, Damni infecti, & Legatorum nomine, de quibus infra.

Ceterae sunt simpliciter ad incertam quantitatem, & hae omnes sunt dividuae ob clausulam illam. *Quanti ea res est*, ut aperte docet Paulus in *d. l.* 2. §. *incertam*.

Neque obstat, Stipulationem *Per te non fieri* esse etiam, ad id, quod interest, & tamen haberi individuam, nostra *l.* 4. §. *Cato*; nam haec non est stipulatio Praetoria, sed Conventionalis. Nec iterum obstat, Stipulationem de dolo pariter esse ad *Quanti ea res est*, *l. stipulatio ista*, §. *si quis dolum*, *ff. eod.* & tamen individuis accenseri, *d. l.* 4. *in princ.* nam haec est stipulatio Judicialis, non Praetoria, *l. stipulationes*, §. *judiciales*, *ff. eod.*

Interim verum est, id quod interest, semper esse dividuum, licet succedat in locum rei, aut facti individui, *l. stipulationes non dividuntur*, *in princ. ff. eod.* Nempe quia in quantitate consistit, quae sua natura dividua est. Quare Stipulationes Praetoriae ad *Quanti ea res est* in hoc distant a reliquis, quod ille indistincte dividuae sunt; atque Praetoriae non sunt,

ut *Per te non fieri, Dolum malum abesse*, principaliter individuæ sunt; si tamen accidat, agi ad id quod interest, erunt dividuæ, ut suo loco latius.

Inter Stipulationes Prætorias ad *Quanti ea res est*, tres præcipuæ sunt, Rem ratam haberi, judicatum solvi, Cautio legatorum. Sit ergo.

Rem ratam haberi.

OPinatus est Alciatus in *Scholiis ad d. §. Cato*, promissionem de rato a Procuratore præstitam, esse solum Prætoriam, non etiam si Dominus ipse promiserit, se ratum habiturum. Videtur motus ex *d. l. 2. §. incertam*, ubi Stipulatio, Dominum ratum habiturum, dicitur Prætoria: quare non idem dicendum est, ubi ipse Dominus se ratum habere promittit.

At hanc opinionem, suppresso Alciati nomine, rejicit Cujacius in *l. 2. §. item si in facto, ff. eod.* argumentumque ei rei esse dicit, quod interpositæ a Domino Stipulationis de rato formula quædam fuit, ex *d. §. item si in facto*, & ex *l. inter, §. quod ex facto, ff. fam. ercisc.* quæ formulæ a Prætore descendunt. Præterea si Stipulatio Judicatum solvi; quæ a Domino litis interponitur, est Prætoria, *l. si ad defendendum, ff. Judicatum solvi.* cur & Rem ratam a Domino interposita, Prætoria non censebitur.

Quidquid sit, illud constat, Stipulationem de rato semper esse dividuam, tam si fuerit a Procuratore præstita, *d. l. 2. §. incertam*, quam si a Domino, *d. l. 4. §. sed videamus.* Et dividuam esse ex verbis illis, *Quanti ea res est*, dicitur in *d. §. incertam*, ob quæ verba, qui ratum non habet, obligatur ad id, quod interest Stipulatoris.

Quocirca si Procurator caverit, Dominum, heredemve ejus ratum habiturum, & unus ex heredibus Domini ratum non habeat, committitur stipulatio pro ea parte, qua heres est, qui ratum non habuit. Hinc etiam fit, ut sæpius ex ea stipulatione agi possit, scilicet, si pluribus ex capitibus Stipulatoris intersit, veluti si intersit, quod litigat, ut propterea res suas curare non possit: quod consumit in sumtibus litis: quod advocat, id est, quod advocatos consulere cogatur, *l. si Procurator*, & *l. in stipulatione, ff. rem ratam haberi.*

Petes, quid Juris sit, si Dominus ipse ratum pro parte non habeat. Et ex Martino in *d. l. si Procurator* distinguendum est. Aut enim Procurator sine mandato cavit, & Dominus pro parte ratum habuit, Stipulatio pro parte committitur, *d. l. si Procurator, l. cum Debitore, ff. cit. tit.* Aut ipse Dominus cavit, vel Procurator mandato Domini; & eo casu si Dominus pro parte ratum habeat, in totum Stipulatio committitur, nostra *l. 4. §. sed videamus*; nempe quia obligatio dividua, ut hæc est, in Reo principali est indivisa, ut propterea Dominus, cum ipse cavit, pro parte ratum habere non possit. Ideo autem secus est, ubi Procurator sine mandato cavit; quia cum eo casu lex permittat Domino pro parte ratum habere, consequens fit, ut eo etiam casu obligatio in ipso quoque Principali divisa intelligatur, ut in citatis Juribus patet. Quod est notandum. Quid si cautioni de rato pœna subjecta sit, dicemus in *d. §. sed videamus.*

Judicatum solvi.

SAtisdatio Judicatum solvi, quæ etiam Cautio pro lite dicitur, tres clausulas in unum collectas habet, de re judicata, de re defendenda, de dolo malo, *l. 6. ff. judic. solvi.* Et ex his videri posset individua; nam judicatum pro parte solvi non potest, *l. stipulationum, §. ult. ff. eod.* Ita non videtur defensa res, vel causa, quæ non in solidum defensa sit, *l. ex clausula, ff. judic. solvi.* Et tandem dolus pro solido committitur, *l. si duo, ff. depositi.*

His tamen non obstantibus, dividua est, & scinditur tam inter heredes Promissoris, quam Stipulatoris, *l. pœnales, §. Julianus, ff. ad legem Falcidiam, d. l. 2. §. incertam*, ubi ea ratio redditur, quia Stipulatio Judicatum solvi Prætoria est, & Promissor se obligat ad id, quod interest, & ad incertam quantitatem verbis illis: *Quanti ea res est*; nam ita concipitur: *Et quamdiu res non defendatur, aut si quod hujus rei judicatum erit, non præstetur, dolusve malus non aberit, quanti ea res est, dari?* Cujacius 10. *obs.* 29. Id autem, quod interest, semper dividuum est, etiamsi rei individuæ sit, *d. l. stipulationes non dividuntur.* Et notabimus, incertam esse quantitatem, quæ omnes complectitur Stipulationis causas: certam vero, quæ est de præstando eo, quod judicatum est, ut est accipiendus textus in *l. 9. ff. judicatum solvi.*

Verum tamen est, ex clausula doli mali ob rem non defensam, in solidum Stipula-

tio-

tionem committi: non enim videtur defensa res boni viri arbitratu, quæ in solidum defensa non sit, *d. l. ex clausula*.

Cautio Legatariorum ob legem Falcidiam.

HUc etiam referenda est Satisdatio, quam Legatarii præstant Heredi de restituendo, si ceperint plus quam per legem Falcidiam licuerit; nam & Prætoria cautio est, & interponitur ad *Quanti ea res erit*. Pone, hereditas onerata est legatis puris, & conditionalibus: quæ legata conditionalia, si conditio extiterit, locum faciunt legi Falcidiæ, secus vero si non extiterit conditio. Itaque heres interim legata pura solida præstans, ita Prætoria stipulatione interrogat Legatarium *Quod amplius legatorum nomine, quam per legem Falcidiam licuerit, ceperis, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari, dolumque malum absuturum esse? l. 1. ff. si cui plus quam per legem Falcidiam*. Hæc ergo Cautio dividua est; & si alteri ex heredibus præstita sit, ille solum ex ea agere potest; sed pro suo modo, & pro sua parte, *l. fœnales*, §. *Julianus*, *ff. ad legem Falcidiam*.

Illud amplius hic est, quod obligatio, & actio est in ipsis Principalibus non solum dividua, sed divisa. Potest præterea hæc Cautio dici dividua ex alio capite, nempe quia in ea agitur de re restituenda; & Cautio rem restitui dividua est, ut dicemus.

De reliquis Factis Dividuis.

VAlde ambigitur inter Doctores, quæ Facta dividua sint, quæ individua, seu quibus regulis insistendum sit, ut sine errore cognoscamus, quænam ex ipsis Dividuorum generi accensenda sint, quæ non. Et placet, ut tres regulas constituamus.

I. Facta nuda, id est, quæ Jus non habent admistum, ea semper individua sunt. Et dicitur nudum Factum, in quo lex nihil interpretatur, nihil adjicit, ut propterea nec veniant fructus, nec omnis rei conditio. Ita, exempli gratia, est Rem tradi, *l. stipulationes non dividuntur l. si rem tradi, ff. eodem*.

II. Facta, quæ Jus habent admistum, ea solum individua sunt, in quibus id, quod continetur, individuum sua natura est, quamvis partes civiles admittat; quia tunc unicum factum est, quod pro parte expediri non potest.

III. Ea vero Facta, in quibus quod continetur, sua natura divisionem in partes discretas & separatas admittit, dividua sunt, quando Jus habent admistum; idque non quia unicum Factum dividi possit, sed quia plura Facta censentur. Ita fere Eguinar. 2. *de Individ.* 3. *&* 4. Giphanius in *d. l. stipulationes non dividuntur*, *num.* 10. Valentia hoc *tract. cap.* 6. *num.* 3. *&* 5.

Ceterum hæc omnia latius patebunt tum hic, ubi de Factis dividuis agemus; tum in *cap. sequ.* cum de Factis individuis sermonem instituemus. Sit ergo.

Rem restitui.

MAgnas Doctorum lites de Stipulatione Rem restitui videntur composuisse Eguinar. *loc. cit. cap.* 7. *&* 8. Giphanius in nostra *l.* 4. §. *Cato*, *num.* 48. Valentia *d. cap.* 6. *num.* 28. statuentes eam individuam esse, si nudum restituendi Factum comprehendat, ut in Depositario, Commodatario, & similibus, qui rei tantum habent detentationem: partium vero recipere præstationem, si in Facto restitutionis Jus contineatur, veluti dominium, aut vera possessio.

Hæc tamen minime vera sunt, & contra restitutionis naturam statuta; quippe restitutio nunquam est nudi Facti, semper Jus admistum habet, *l. ult.* §. *ult. ff. de verb. signific.* ubi Pomponius ait: *Restituit non modo, qui corpus, sed etiam qui omnem rei conditionem reddita causa præstat, & tota restitutio Juris interpretatio est*. Unde cum ex Principis indulgentia Deportati restituuntur, per omnia pristinum statum recipiunt, §. *sed si*, *Instit. quib. mod. Jus patr. potest. solv.* Et in actione Faviana, & Pauliana, Prætor revocando alienationem, quia ait *Restituas*, fructus quoque restituuntur, quia id verbum plenam habet significationem, ut dicitur in *l. videamus* 38. §. *in Faviana*, *ff. de usuris*. Inde etiam est, quod Judice jubente prædonem restituere, possessio vitiosa prædonis accedit non vitiosæ, *l. Pomponius*, §. *si jussu*, ubi Cujacius, *ff. de acquir. possess.* Hæc eadem vera sunt de verbo *Reddendi*, *l.* 3. §. 1. *ff. commodati*.

Ex his constare potest, stipulationem Rem restitui, cum agitur de re dividua, esse dividuam ex III. regula supra posita. Quod præterea legibus manifestum fit.

I. Ex *d. l.* 3. §. *heres*, ubi *Heres ejus, qui commodatum accepit, pro ea parte, qua heres est, convenitur*. Nempe quia commodati actio

est

est ad rem reddendam sive restituendam, quæ in dividuis dividua est, & causam bonorum continet. Quare si res commodata deterior facta sit, non ipsa solum præstanda res est, sed simul id, quod interest; nam non videtur reddita res, quæ deterior facta redditur, *d. l.* 3. §. 1. Ex quibus apparet, longe falli Doctores citatos, qui in Commodato nudum factum versari existimant. Quoniam ergo quæ dividua sunt, ipso Jure divisa intelliguntur tam inter heredes Creditoris, quam Debitoris, inde fit, ut Commodatarii heres non teneatur, nisi pro ea parte, qua heres est.

Duo hic notanda sunt. Unum est, Commodatarium ipsum semper teneri in solidum, quamquam rem dividuam acceperit, veluti si dicis gratia pecunia commodata sit, ut est species textus in *l. sæpe*, *ff. commod.* quod constat ex iis, quæ supra disputata sunt *qu.* 1.

Alterum est, heredem Commodatarii, licet teneatur pro ea parte, qua heres est; tamen quia commodatum est bonæ fidei contractus, ideo si is ipse heres facultatem totius rei restituendæ habeat, nec faciat, potest Judicis arbitrio in solidum condemnari, *d. l.* 3. §. *heres*.

II. Probatur, quia condictio furtiva de re restituenda est, & tamen dividua, continetque causam bonorum; quippe fur, rem deteriorem factam dando, non liberatur; semper enim moram fur facere videtur. Præterea fructus in hanc actionem veniunt, *l. in re furtiva*, §. 1. *cum sequ. ff. de cond. furt.* Quocirca heres pro parte, pro qua heres est, tenetur, *l. in condictione*, *ff. cit. tit.*

Est tamen discrimen inter condictionem furtivam, & interdictum Unde vi, quamvis utrumque ad rem restituendam dirigatur; nam in condictione ex causa furtiva heres non tenetur nisi pro parte, quæ ad eum pervenit: sed si est solus heres, tenetur in solidum, si heres pro parte, tenetur pro parte solidi, *d. l. in condictione*. Secus est in interdicto Unde vi, ubi heres dejicientis non in amplius tenetur, quam ad eum pervenerit: quod si accidat totum ad eum pervenisse, ad solidum tenetur, quamvis ex parte heres sit, scilicet, si dejectus post annum agat, *l. si plures*, *ff. de vi & vi arm.* Ratio dependet ex verbis Edicti, ubi Prætor ait: *Post annum vero de eo, quod ad eum, qui vi dejecit, pervenerit, judicium dabo*.

At vero si res, quæ restitui debet, divisionem non admittat, ex secunda regula Factorum, obligatio rem restitui individua & ipsa erit, & in solidum præstanda, *l. loci*, §. *sed & si*, *ff. si serv. vindic.* ubi si duorum fundus sit, qui iter debet, adversus unumquemque ipsorum poterit in solidum agi, & quisquis defendit, solidum debet restituere, quia divisionem iter non recipit.

Meminisse tamen oportet, in Factis, quæ Jus habent admistum, ea censeri quoque individua, quæ naturaliter partes separatas non habent, quamvis habeant civiles. Unde fit, in restitutionibus eam speciem dici individuam, quæ solum ob partes civiles dividua est. Id manifestum fit ex *l. si duo*, §. *quod si lancem*, *ff. depos.* ubi duo heredes decem millia apud Defunctum deposita animo intervertendi conflaverunt in lancem, vel speciem depositam interverterunt. Ait Marcellus, heredes in solidum conveniri posse, ac si ipsi servandam speciem suscepissent. Hujus rei duas rationes affert. Primam in hæc verba: *Nam certe verum est, in solidum unumquemque dolo fecisse*: quippe unusquisque speciem in solidum contrectavit animo lucrifaciendi; quod secus esset, si ipsa decem millia divisissent, quo casu quisque partem contrectasset, & quisque pro parte esset conveniendus, ut in *princ. l.* habetur. Secundam in hæc verba: *Et nisi pro solido res non potest restitui*: quæ ultima ratio manifeste non nititur dolo, sed nititur solum in natura restitutionis, quæ ubi de specie agitur, nisi pro solido fieri non potest.

Quod si ponas, me rem apud duos deposuisse, in solidum cujusque fidem sequutum, id est, ut quisque in solidum ad custodiam teneretur; utique quilibet ad rem totam restituendam obligatur, quamquam rem non habeat: & quilibet obligatur de facto alterius, & de dolo; pro quo non teneretur, si custodiam in solidum non recepissent. Idque exemplo tutorum, quorum unus facto alterius tenetur. Ita explicatur textus in *l.* 1. §. *si apud duos*, *ff. depos.* Zasius hic *num.* 48.

Amplius non agi.

SAtisdationi de rato affinis est Cautio Amplius non agi, sive, quod idem est, Amplius non peti, in qua cavetur, *Non petiturum eum, cujus de ea re actio, petitio, persecutio sit; & ratum habituros omnes, ad quos ea res pertinebit*, *l. procurator* 23. *ff. rem rat. hab.*

Ita-

Itaque & ipsa dividua est; quoniam qui pro parte agit, pro parte etiam Creditori nocet, nostra *l.* 4. §. *Cato*, ubi Alciat. *num.* 42.

Hoc tantum interest, quod amplius non agi tardius committitur, quam Rem ratam. Hæc statim committitur, atque ratum non habetur, *l. Procurator* 8. §. *ult. ff. Rem ratam hab.* Illa non nisi solutum sit, vel compensatum, vel lis contestata, *l. amplius*, *ff. cit. tit.* ut ibi notat Accursius, & Cujacius in *l.* 2. *ff. eod.*

Vacuam possessionem tradi.

HÆc stipulatio nudum factum non continet, sed præter possessionis traditionem comprehendit translationem domini, vel usucapionis, *l. in conventionalibus*, §. 1. *ff. eod.* Ideo ex III. regula in dividuis dividua erit, Fulgosius in *l.* 5. §. *ult. ff. commod.* Duarenus 1. *disput.* 59.

Hinc distat a stipulatione rem tradi, in qua nonnisi nudum factum venit, *l. stipulationes non dividuntur*, *l. si rem tradi*, *ff. eod.* Quare hæc individua est ex I. regula. Verum de hac re latius *cap. sequ.*

CAPUT III.

De Individuis Petitione, & Solutione.

SUnt hujusmodi, quæ nec a Creditore, nec ab heredibus ipsius pro parte peti possunt, sed tantummodo in solidum: ita nec ea Debitor, aut heredes ejusdem solvere pro parte possunt, sed quisque solidum præstabit. Et meminerimus, hæc attendi non in heredibus solum, sed etiam in Principalibus, cum semper eodem modo se habeant, id est, semper & ubique individua sint, nec ullo modo varientur; secus atque accidit in Dividuis, quæ in solis heredibus sunt divisa, in principalibus vero indivisa, nonnullis casibus exceptis, de quibus in *cap. ant. qu.* 1.

Jam quod attinet ad Stipulationem dandi, in hoc genere sunt servitutes omnes, sive prædiales, sive personales, uno excepto usufructu. In stipulatione faciendi sunt Judicio sisti, sententiæ stare, rem tradi, ire agere licere, habere licere, dolum malum abesse. De his videndum est, quibus opera & operas adjungemus.

De individuis, quæ in dando. De servitutibus prædialibus.

HAs omnes sive rusticas, sive urbanas, omni ex parte, omnique respectu individuas esse, constat ex *l. stipulationes non dividuntur, in princ. ff. eod.* ibi: *Stipulationes non dividuntur earum rerum, quæ divisionem non recipiunt, veluti viæ, itineris, actus, aquæductus, ceterarumque servitutum.* Id ipsum habetur in nostra *l.* 2. §. *& harum.* Ratio hujus dispositionis redditur a Pomponio in *l. via*, *ff. de servit.* in hæc verba: *Quia usus earum indivisus est*; nempe quia dum utor servitute, pro solido ea utor, & si plures utantur ea, singuli eam usurpant pro solido, Cujacius in *d. l. stipulationes non dividuntur.*

Aliam tamen rationem assignat Hotom. *qqu. illustr.* 21: servitutes, scilicet, esse individuas, quia jura sunt; idest, res incorporeæ, in quibus nulla sectio locum habere potest, cum partibus careant. Quæ tamen ratio a nostro jure abhorret, nec utilis est; nam ususfructus etiam jus est, & tamen dividuus, quia ejus usus dividuus est. Quocirca tantum ratio ab usu desumta & juridica & utilis est.

Nec contra est, quod dicitur in *l. via*, *ff. cit. tit.* in illis verbis: *Usus servitutum temporibus secerni potest*; nam *secernendi* verbum non ad divisionem pertinet, sed ad modum, ut constat ex *l. servitutes*, §. *fin. ff. cit. tit.* ubi *Intervalla dierum & horarum non ad temporis causam, sed ad modum pertinent jure constitutæ servitutis.* Ita Rivales, qui per eundem rivum aquam ducunt, possunt inter se convenire, ut aquam certis horis separatim ducant: ita etiam, ut unus quotidianam, alius æstivam ducat, id est, ut æstate dividatur inter eos aqua, hieme solus ducat is, qui quotidianæ jus habet, *l. cum constet*, *ff. de aqua quotid.* Imo qui Rivales non sunt, convenire possunt, ut aquam mensuris dividant, & alter exempli gratia unciam habeat, alter digitum, ut in eadem *l. cum constet.*

Iste est utendi modus, qui ex contractu oritur, sive ex judicio communi dividundo, aut familiæ ercíscundæ, *l. arbor*, §. *fin. ff. comm. divid.* At non est servitutis, seu usus divisio ex lege: adhuc enim unusquisque totius servitutis Dominus est, & servitutem in qualibet parte aquæ totam habet. Idipsum est, si plures, qui iter habent, conveniant inter se, ut unus matutinis horis transeat,

alter pomeridianis vel ut alternis diebus utantur, *d. l. via*.

Ex eo, quod servitus est individua, plures inde oriuntur effectus. I. Ex legibus Decemviralibus servitutis stipulationem non dividi inter heredes, quia nec potest. Quare singuli heredes stipulatoris agent in solidum, & quisque heredum promissoris insolidum etiam convenietur, *l. heredes*, §. *an ea*, *ff. fam. ercisc.* & nostra *l. 2.* §. *ex his*. Verum quia heres conventus, nisi pro parte sua præstare non potest, tenebitur ad æstimationem, *l. loci*, §. *si fundus*, *ff. si servit. vind.* At qui solidum solvit, judicio familiæ erciscundæ consequetur a coheredibus ipsorum partes, ut in citatis juribus, ubi etiam habetur, quod si unus ex heredibus stipulatoris agat, ipse quoque consequetur æstimationem, sed pro sua tantum parte.

Hæc vera sunt ante judicium familiæ erciscundæ; nam hereditate divisa, is solum heres aget, aut convenietur, cui fundus dominans aut serviens adjudicatus est, *l. continuus*, §. *ult. ff. eod.*

II. Servitutem totum fundum servientem afficere, ut ei, qui viam habet, per quamlibet fundi partem ire agere liceat, civili tamen modo; nec enim per mediam vineam ibit, aget, cum æque commode per alteram partem facere possit: quare solet ab Arbitro certa pars fundi designari, in qua sit servitutis usus, *l. si cui*, *ff. de servit. l. qui per certum*, *ff. comm. prædior.* Et qua inter, exempli gratia, primum determinatum est, ea servitus consistit, ceteræ partes agri liberæ sunt, *l. certo*, §. *si totus*, *ff. de servit. rust. præd.* Eodem modo a servitute totum fundum dominantem affici, & vulgo dicitur, *Pro parte dominii servitutem acquiri non posse*, *l. pro parte*, *ff. de servit. l. quidquid*, *ff. comm. præd.*

III. Si plures sint ejusdem fundi domini pro indiviso, nullus eorum separatim servitutem fundo communi imponere, aut acquirere potest, *l. 2. l. pro parte*, *ff. de servit. l. unus ex sociis*, *ff. de servit. rust. præd.* Sed necesse est, ut vel omnes simul cedant servitutem, vel omnibus simul servitus cedatur. Quod si unus cedat, erit in pendenti, donec omnes cedant, *l. si quis per fundum*, *ff. de evictione*. Ea nimirum ratione, quia cum plures domini sunt pro indiviso, fundus manet unus, & singulorum totus est fundus: nemo autem alteri acquirere, aut alterius conditionem deteriorem facere potest.

Neque obstat textus in *l. sed si inter*, *ff. de servit. urban. præd.* ubi si inter me, & te communes sint Titianæ ædes, & ex his tu fortasse tignum immittas in alias ædes meas proprias, & ego agere negligam actione negatoria, servitus communibus ædibus acquiritur: propterea ibi Pomponius ait, *Tecum mihi agere licet, aut rem perdere*, id est, libertatem mearum ædium amittere. Respondet enim Cujacius *ibid.* id factum ideo, quia ego agere negligens, videor & ipse acquirere servitutem: quocirca hic servitutem non acquirit unus ex dominis sine consensu alterius. Idipsum est, si ex ædibus tuis propriis tignum immittas in ædes communes, si non ago pro libertate ædium communium; acquisita servitus dicitur, *d. l. sed si inter*.

IV. Servitutem non posse pro parte amitti, cum partem non recipiat. Quod si accidat, ut pro parte amitti debeat, quia id fieri non potest, retinetur in solidum: veluti si via per plures fundos imponatur, & per unum fundum iero, per alium non, quia via una est, tota servatur, cum pro parte amitti non possit, *l. una est via*, *ff. de serv. rustic.*

Reniti videtur Paulus in *l. ut pomum* §. *1. ff. de servit.* ubi si prædium tuum mihi serviat, sive ego partis prædii tui dominus esse cœpero, sive tu mei pro indiviso, *per partes servitus retinetur*. Idem habetur in *l. si quis ædes*, §. *si partem*, *ff. de servit. urban. prædior.*

Est tamen dicendum, & in hoc casu servitutem remanere solidam in toto fundo. Cum autem dicitur *per partes* servitutem retineri, intelligi occasione partis reliquæ, quæ tua est, vel propter partem reliquam, Zasius *loc. cit. n. 7.* Nec contra est, rem tuam nemini servire, nam id verum est, cum res tota mea est, non etiam cum est communis, ut constat ex *d. l. sed inter*, ubi quis ædibus suis potest acquirere servitutem in ædibus communibus sibi & alteri.

V. Servitutem acquiri pro parte non posse. Unde si uni fundum, & ad eum viam per alium fundum, & eundem fundum sine via alteri legem, & uterque legatarius vindicet, fundus legato cedet sine via, *l. si fundum*, *ff. de servit. leg.* quia, ut ibi Marcellus ait, acquiri per partem servitus non potest. Nempe cum lego tibi fundum cum via, solidus fundus est tibi legatus, eique toti via debetur. At deinde dato tibi collegatario re-

con-

conjuncto, per concursum partes fiunt, & jam fundus dimidiatus pro indiviso tuus est: quocirca solida via tua esse non potest, qui es dominus partis, & via solido fundo debetur: nec potest esse pro parte, quia via scindi non potest. Inde fit, ut legatum viæ salvum non fit, & corruat. Ita si quis fundum habens viam stipuletur, & partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem, *l. pro parte*, *ff. de servit.*

Hæc omnia Accursius intelligit de parte incerta pro indiviso, ex *l. ad certam*, *ff. cit. tit.* ubi *Ad certam partem fundi servitus tam remitti, quam constitui potest.* Consentit Zasius in *d. l. stipulationes non dividuntur n. 6.* & Doctores communiter.

Sed hoc nihil obstat. Nam cum Jurisconsultus ait, ad certam partem fundi servitutem constitui posse, aperte loquitur de initio, cum scilicet servitus constituitur. Veluti stipulor a te, vel lego tibi jus ad talem partem fundi. Id certe licet, quia hæc certa partis fundi designatio scindit fundum in duos quasi fundos, *l. communi*, §. *Neratius*, *ff. comm. divid.* Aliud est, cum stipulor servitutem fundo meo, id est, solido fundo, & deinde fundum pro parte alieno; semper certe corrumpo stipulationem, sive alienem partem certam, sive incertam, quia semper verum esset servitutem scindi. Id ipsum est de legato servitutis solido fundo, eoque deinde per concursum diviso.

Cum vero Jurisconsultus ait, ad certam partem fundi servitutem posse remitti, loquitur de fundo serviente, qui licet totus serviat, habet tamen hoc, ut determinato loco, qua iter fiat, ceteræ partes agri liberæ sint, *d. l. certo*, §. *si totus*, *ff. de servit. rust. præd.* Quo casu servitus non scinditur, cum id non ad divisionem, sed ad modum pertineat, remanente interim solida servitute, argumento ex *d. l. servitutes*, § *fin. ff. de servitut.*

Attendendum est quoddam speciale in servitute oneris ferendi; quippe in ceteris servitutibus si fundus serviens duorum sit, quisque in solidum convenitur, cum res divisionem non recipiat, *l. loci*, §. *sed. etsi*, *ff. si serv. vindic.* At in servitute oneris ferendi, si ædes servientes duorum sint, quisque eorum pro parte conveniendus est, ex Papiniano in *l. & si forte*, § *ædes*, *ff. cit. tit.* Non tamen inde fit, servitutem hanc esse dividuam; nam & *ibidem* dicitur, duos ædium dominantium dominos, quemque in solidum agere in ea quoque servitute, quæ oneris ferendi causa imponitur. Cur ergo domini ædium servientium quisque pro parte conveniendi sunt? Id ex speciali ratione dependet, nempe quia servitus oneris ferendi hoc proprium habet, quod qui servit, tenetur non modo præstare patientiam, ut est in ceteris servitutibus; sed etiam reficere parietem, ut onus sustineat, *d. l. & si forte*, §. *etiam*: at refectio ab uno ex sociis, altero invito, fieri non potest, *l. si ædes*, *l. Sabinus*, *ff. comm. divid.* Quocirca non alter ex dominis parietis servientis, sed ambo conveniendi sunt, ut ex consensu paries reficiatur, Cujac. & Fab. in *d. l. & si forte*, §. *si ædes*.

Ex his omnibus patet, falli Molinæum in 3. *par. Laber.* & Merendam 8. *contr.* 26. *& sequ.* dum contendunt, servitutes prædiales esse omnes dividuas, exceptis itinere, actu, & via.

De Servitutibus Personalibus, excepto Usufructu.

USum esse sua natura individuum, constat ex l. *usus pars*, *ff. de usu*, *& habit.* Dubium tamen est, unde sit, ut uti frui pro parte possimus, uti non possimus? In reddenda hujus discriminis ratione multum laborat Alciatus 1. *paradox.* 17. Vulgo tamen eam tradunt cum Baldo, Imola, & aliis, quia usus ad supplendam indigentiam quotidianam Usuarii constituitur, §. 1. *Instit. de usu*, *& habitat.* quam indigentiam in nihilo supplet, qui pro parte supplere tentat.

Objicies I. Cum Alciato. Alimenta respiciunt Alimentarii necessitatem, & tamen divisionem admittunt, *l. 3. ff. de alim. leg.* Quare jam ratio exposita nullius momenti est.

Negandum tamen est, in *d. l.* 3. de alimentorum divisione quidquam haberi, cum dicatur solum, defuncto Patrono, qui libertis alimenta reliquit, si plures ei existant heredes, non cogi libertos a singulis heredibus minutatim alimenta petere, sed Judicem ex causa alimentorum Libertos dividere, ut alii ab uno herede alantur, alii ab altero. Et quamvis hic constet, heredes ex rigore juris non teneri quemque in solidum ad alimenta præstanda, cum solum ad hoc compellantur officio Judicis, qui libertos dividit; tamen inde non fit, alimenta esse dividua, est enim distinguendum inter rem natura individuam, ut est iter, & inter rem natura di-

dividuam, sed tamen causa individuam, uti sunt alimenta; quippe illo casu quisque heredum tenetur in solidum, *l. heredes*, §. *an ea*, *ff. fam. ercisc.* isto omnes collecti in solidum conveniuntur, nostra *l.* 4. §. *Cato*, & diximus supra *cap.* 2. *qu.* 2.

II. Usus duobus legari potest; nam si tibi usus, mihi fructus legetur, concurremus nos in usu, ego solus fructus habebo, *l. per servum*, §. *usu legato*, *ff. de usu & habit.* & id ex usu percipiam, quod usuario supererit, *l. si alii*, *ff. de usufr.*

Dicamus tamen, hic non unum esse usum inter duos divisum, sed duos esse usus, & eum, cui solum usus legatus est, usum pro solido habere, eoque integro uti, ut constat ex *d. l. si alii*, ubi tibi integer usus constituitur, mihi vero fructuario quod superest. Et meminisse oportet, usum conjunctum fructui haberi ut dividuum, sicuti supra cum Forcatulo notavimus, cujus sententia hoc maxime textu probatur; nam cum fructuario relinquatur quod superest, & facile accidere possit, ut quod superest minus indingentia sit, palam est usum conjunctum fructui dividui naturam sapere.

III. Res pro usu legata potest excedere usuarii indigentiam, ut si spatiosæ domus usus relictus sit homini mediocri, qui portiuncula contentus esse potest, *l.* 4. *de usu & habit.* Quocirca eo saltem casu usus erit dividuus.

Respondendum est ex Pomponio in *l. Divus*, §. 1. *ff. eit. tit.* posse & solere usuarium aliis & aliis temporibus tota domo uti; cum interdum domini quoque ædium, prout temporum conditio exigit, quibusdam utantur, quibusdam non utantur. Ceterum cum dicimus, usum esse individuum, id verum est de usu ut servitute; nam usus, ut nudum factum est, divisionem recipit: nam potest quis uti una parte balnei, & non alia, *l. si ut certo*, §. *ult. ff. commod.*

Usus ædium similis est habitationi in hoc, quod utroque casu licitum sit alienas ædes inhabitare jure servitutis; tamen distant in hoc, quod usus potius in jure, habitatio potius in facto consistit, cum proprie habitatio sit locus, quem habitamus. Unde fit, ut qui habet habitationem, eam alteri locare possit ex sententia Marcelli, quod usuario ædium non licet, *l. cum antiquitas*, *C. de usufr.* Fit etiam, ut habitatio solum morte finiatur, non etiam media, aut maxima capitis diminutione, ut in usu ædium accidit, *l. si habitatio*, §. 1. *ff. de usu*, *& habit. l. pen. ff. de cap. diminut.* Cum ergo his exceptis, in reliquis usus ædium, & habitatio consentiant, consequens est, ut hæc, sicut ille, individua sit.

De Individuis, quæ in Faciendo.

FActa in duplici genere esse; alia Dividua, quædam Individua, palam est ex Catone in nostra *l.* 4. §. 1. ubi *Iter fieri* factum Individuum dicitur: *Amplius non agi*, dividuum. Et quamvis Ulpianus in *l. stipulationes non dividuntur*, *ff. eod.* simpliciter affirmare videatur facta esse individua, id tamen intelligendum est non de Factis omnibus, sed de illis tantum, aut de similibus, de quibus exempla apponit, quæ sunt, Fundum tradi, Fossam fodi, Insulam frabricari, Operæ.

Hæc Facta in genere a Zasio ad duo capita reducuntur. Quædam sunt momentanea, quæ scilicet temporis momento explicantur, & hujusmodi sunt Rem tradi, Rem restitui. Quædam sunt successiva, quæ ut consumentur, temporis tractum exigunt, ut Operæ, & Opera. Operæ sunt officium diurnum: Opera vero sunt Insulam ædificare, Romam ire, & alia id genus.

Cum ergo de Factis Dividuis jam supra actum sit, hic ea solum, quæ Individua sunt, persequemur.

De Factis Momentaneis. Judicio sisti:

CAutio Judicio sisti pœnam habet adjectam, ut quæ ita concipitur: *Stichum*, *Damam*, *& Erotem sisti*, *si non sisteris*, *decem dari?* Et individua est ex Juliano in *l. si is*, *qui ducenta*, §. *cum ita*, *ff. de reb. dub.* ubi ait: *Neque enim dubitandum*, *quin æque omnes sisti oporteat*. Et uno non stato, pœna in solidum committitur, tanquam si dictum sit: *Si quem eorum non sisteris*, *decem dabis?*

Idipsum confitetur Ulpianus in *l. si servus*, §. *si plurium*, *ff. si quis caution.* ubi ex Labeone docet, uno servo non stato, pœnam integram committi, quia verum est, omnes statos non esse. Lenit tamen ex eodem Labeone hunc rigorem ex æquitate, in hæc verba: *Verum si pro rata portione unius offeratur pœna*, *exceptione doli usurum eum*, *qui ex stipulatione convenitur*. Itaque qui ex tribus servis duos sistit, unum non sistit, potest

potest pro integra pœna conveniri; sed conventus solvens tertiam partem pœnæ pro uno non stato, exceptione doli removebit actorem reliquas duas pœnæ partes petentem; scilicet, quia ejus non interest, nisi pro tertia parte: quocirca in quantum ad reliquas, petet rem & pœnam desertioni; id vero est dolo facere, *l. si duo*, §. *ult. ff. cit. tit.* ubi si ex duobus reis promittendi, unus judicio non sisterit, actor nequit ab altero rem petere, ab altero pœnam desertionis: quod si faciat, exceptione doli submovebitur. Hæc est recta horum jurium explanatio, quidquid se torqueant Bartolus, Jason, Zasius, aliique hic, & Alciatus 1. *parad.* 14.

Sententiæ stare.

ARbitrorum duplex genus est. Interdum enim Arbiter est Judex a Prætore datus in causis bonæ fidei, qui potestatem habet statuendi ex bono, & æquo, ut arbiter pro socio, *l.* 38. *ff. pro soc.* arbiter familiæ ercifcundæ, *l. fundus*, §. *Arbiter*, *ff. famil. ercifcund.* arbiter de dote, *l. omnino*, *ff. de impens. in reb. dotal.* Interdum vero dicitur arbiter, qui per compromissum a litigatoribus eligitur ad litem finiendam, qui solet *receptus arbiter* vocari, *l.* 1. *ff. de recept. arbit.* Et ab hujus sententia de jure civili appellare non licet, ne scilicet compromissum factum pro lite extinguenda litium seminarium fiat, *l. non distinguemus*, §. *& idem*, *ff. cit. tit. l.* 1. *C. eod. tit.* Quod & Græcorum lex comprobat apud Demosthenem *contra Midiam*, & apud Lucianum in *Abdicato*. Consentit Carthagin. Concilium *can.* 98. *& can.* 123. & monet Cuiacius *consult.* 12.

Quia vero reus ab arbitro absolutus si deinde coram Judice pro eadem causa conventus ab eodem litigatore sit, exceptionem rei judicatæ non habet, licet habeat exceptionem pacti, *l.* 2. *l. litigatores*, §. *interdum*, *ff. cit. tit.* ideo in compromisso pœna adjicitur, quæ a reo exigetur, si absolutus ab arbitro, iterum ab actore conveniatur, *d. l.* 2.

Jam pone. Duo sub pœna decem se obligarunt de stando sententiæ arbitri recepti: & uno ex Compromissariis defuncto, duo ei extiterunt heredes, quorum unus stat sententiæ, alter convenit reum pro eadem causa coram Judice. Quæritur, contra quem pœna committatur? Et Pomponius in *l.* 5. §. *ult. ff. eod.* ait, omnes heredes in solidum ad pœnam teneri; & Jurisconsultus pœnam adjectam obligationi standi sententiæ comparat pœnæ subditæ obligationi dandi; quamvis parere sententiæ non sit obligatio dandi, sed faciendi, ut *ibid.* post Baldum notat Zasius *num.* 10.

Unde fit, ut utrobique individuum ab eadem ratione procedat; nempe quia aliud sine injuria rei conventi constitui non potest, ex eadem *l.* 5. §. *si fortem*, ut latius supra *cap.* 2. *qu.* 2. Verum quia in factis regula Catonis est, ut pœna individua sit, cum factum ipsum individuum etiam est; & in nostro casu pœna facto subdita, individua est: consequens omnino fit, ut factum ipsum individuum quoque sit, id est, stare sententiæ.

Imo Doctores communiter docent, sententiam ipsam esse individuam; nempe quia judicatum pro parte solvi non potest, argumento ex *l. duobus*, *ff. de liber. causa.* Quod verum est, nisi sententia plura, & distincta capita comprehendat, quia tunc vim habet tot sententiarum, quot capita sunt, ex notatis supra *cap.* 1. *qu.* 3., & latius infra *de Rebus Unis.*

His tamen obstat textus in *cap. suam*, *de pœnis*, ubi Rectores Ecclesiæ S. Fortunati ab arbitro jussi sunt solvere libras 40. die statuta Episcopo Spoletano. Quod si ita factum non esset, pœna dicta est librarum 30. Accidit, ut Rectores intra statutam diem non solverint, nisi libras 33. Quocirca Episcopus egit ad solidam pœnam. Summus tamen Pontifex decrevit, Episcopo satis esse debere, si reliquæ septem libræ ei persolverentur. Ex quibus constat, obligationem standi sententiæ esse dividuam; nam qui non totum solvit die in sententia constituto, utique pro parte sententiæ non stat; & tamen pœnam non committit.

Verum observari debet, in *d. cap. suam* haberi specialem casum speciali etiam ratione nixum, scilicet cum pœnam petit Episcopus, in quo multa culpantur, quæ aliis licita sunt, ut qui Magister est totius perfectionis, D. Thom. 22. *qu.* 18. *art.* 2. Hinc etsi Rectores sententiæ steterint solum pro parte, Episcopo tamen non est licitum exigere pœnam, sed concedere debitoribus, ut moram purgare possint, idest, ut solvant reliquum. Idque patet ex verbis illis S.Pon-

tifi-

tificis: *Te non decet in tantum Pontificalis modestiae oblivisci, ut inhonestis quaestionibus anhelando desideres cum aliena jactura ditavi*, ut *ibid.* Gonzalez advertit.

Rem tradi.

QUidam differentiam nullam esse statuunt inter stipulationem rem tradi, & stipulationem vacuam possessionem tradi, decepti ex *l.* 3. §. 1. *ff. de action. emti*, ubi dicitur, eum qui fundum tradi stipulatur, vacuam quoque possessionem tradi oportere, stipulari intelligi; non animadvertentes, in eo textu pro illis verbis, *Fundum tradi*, legendum esse, *Fundum dari*, ut in Pandectis Florentinis habetur. Aliud autem est, rem tradi, aliud rem dari: in illo agitur de possessione, in hoc de proprietate, ita tamen ut tacite de vacua possessione tradenda conventio etiam interposita censeatur, ut in *d. l.* 3. §. 1. Quandoque utrumque expresse apponitur, *l.* 4. *ff. de usuris*.

Itaque differunt, quia uberior est stipulatio vacuam possessionem tradi, quam rem tradi: etenim qui stipulatur rem tradi, non nisi factum stipulatur, *l. stipulationes non dividuntur*, *l. si rem tradi*, *ff. eod.* At in stipulatione vacuam possessionem tradi, non nudum factum continetur, sed causa bonorum, *l. in conventionalibus*, §. 1. *ff. eod.* id est, ut tradens faciat accipientem dominum, si ipse dominus est: vel transferat usucapiendi conditionem, si forte dominus non sit; ita enim accipiens rem in bonis habebit, ut explicat Azo: addit Accursius, ne res deterior facta tradatur. Hanc differentiam docet Zasius in *d. l. in conventionalibus*, §. 1.

Conveniunt vero, quia in stipulatione rem tradi non veniunt fructus, qui stipulationis tempore fuerint, *l. si filius familias*, §. 1. *ff. eod.* neque etiam ex mora, nisi ea per litis contestationem contracta sit, *l. videamus*, §. *si actionem ff. de usuris*; licet consequar quanti interfit, moram factam non esse, *l. si fundum*, *ff. eod.* Ita quoque in stipulatione vacuam possessionem tradi fructus non continentur, *d. l.* 3. §. 1. *ff. de act. emti*; nisi quis geminando stipulatus est, rem dari, vacuamque possessionem tradi: tunc enim quia vacuam possessionem tradi continetur in rem dari, *d. l.* 3. §. 1. ideo ne posteriora verba videantur frustra adjecta, fructus stipulator consequetur, *l.* 4. *ff. de usuris*. Et ita haec explicanda sunt, in quibus varie se implicat Cujacius in *d. l. si rem tradi*.

Stipulatio ergo rem tradi individua est, *d. l. si stipulationes non dividuntur*. Dubium tamen est, an semper talis sit. Et affirmant Giphanius *ibid. num.* 10. Eguinarius 2. *de Individ.* 3. & 4. Valentia hic *cap.* 6. *num.* 27. ex regula factorum. I. nempe, facta, quae nuda sunt, semper individua sunt. Praeterquamquod qui rem tradere promittit, de tota re convenire intelligitur; ut qui respondet se heredem esse, censetur fateri in totum se heredem esse, *l. si Defensor*, §. *qui interrogatus*, *ff. de interrog. act.* Itaque res non videtur tradita, nisi cum tota tradita est.

Secus est in stipulatione vacuam possessionem tradi, quae nudum factum non continet, sed praeter possessionis traditionem habet admistam causam bonorum, propterea in dividuis divídua erit, ut in *cap.* 2. dictum est.

Hinc in stipulatione rem tradi, si res dividua est; ut caementa, inter stipulatoris heredes res dividitur quidem, traditio tamen facienda est indivisa: id est, unus ex heredibus partem petet, non totum; sed promissor pro parte tradere non potest. Quod dicitur dividuum petitione, individuum solutione; praesertim quia aliter diversa solutio contingere posset; veluti uni tradendo partem rei, alteri aestimationem alterius partis, contra textum in *d. l. in executione*, §. *pro parte*. Eadem de causa heredes promissoris, quamvis pro hereditaria parte teneantur, re ipsa debita inspecta, traditio tamen nisi tota fieri non potest. Vide latius Zasium in *d. l. stipulationes non dividuntur*, *num.* 21. & *seqq.*

Ire agere licere, Habere licere, Dolum malum abesse, abfuturumque.

AB eo, qui debet servitutem, exempli gratia, actus, inter constituendum eam, aliquando ita Creditor stipulatur. *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat?* Quae est stipulatio praestandae patientiae post constitutam servitutem. Servitus est jus: ire agere est factum, *l.* 2. §. *item si in facto*, *ff. eod.* Quare solet ita etiam concipi: *Per te non fieri, quo minus mihi actu uti liceat*, *l. si stipulatus*, *ff. eod.* Pro praestanda patientia in servitute itineris dicitur: *Mihi ire licere*, vel *Iter fieri*, ut in nostra *l.* 4. §. *Cato.* Ceterum haec stipulatio, *Per te*

te non fieri, non hoc significat, nihil te facturum, quo minus facere possim, sed te curaturum, ut facere possim, *l. in illa stipulatione* 50. *ff. eodem*.

At vero qui rem ab alio accipit locatam, venditam, pro dote datam, sive quo alio titulo, ita a dante, & tradente stipulatur: *Mihi, heredique meo, habere licere?* seu plenius: *Per te non fieri, neque per heredem tuum, quo minus mihi fundum habere liceat?* vel ita: *Fundo uti? d. l. si stipulatus*. Hæc stipulatio obligat etiam heredem, quamvis expressa ejus mentio facta non sit, *l. stipulatio ista, in princ. ff. eodem*.

Tandem in contractibus non solum bonæ fidei, sed etiam stricti juris addi solet stipulatio doli mali, id est, *dolum malum abesse, abfuturumque a te, heredeque meo? d. l. stipulatio ista*, §. *si quis dolum*. Clausula hæc doli non pertinet ad ea, quæ specialiter in contractu comprehensa sunt, sed ad casus incertos, quos contrahentibus se in præsentia ostendere, & animo occurrere non potuerunt, *l. & eleganter*, §. *non solum, ff. de dolo*. Et si in ipsa stipulatione componenda peccatum sit, hic error corrigetur clausula doli, & agetur incerti, *l. ex ea parte, in princ. ff. eod.* Et si heredum personæ omissæ sint, id supplebit clausula doli, *l. si fine*, §. *si in stipulatione, ff. rem ratam hab.* Cujac. in *l.* 53. *ff. eod.*

De his tribus stipulationibus agitur in *l. 2.* §. *item si in facto, l. idem Juris* 3. & *l. eadem* 4. *in princ. ff. eod.* Et generatim statuitur, eas esse individuas, ideo scilicet, quia nudum factum continent, *l. quod dicitur* 130. *ff. eod.*

Hinc I. Uno herede promissoris prohibente, vel dolum admittente, omnes heredes tenentur, quia factum individuum est, & quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videtur, *d. l.* 4. §. *Cato*. Verum quia iniquum esset unum pro altero plecti, propterea Coheredibus qui nec prohibuerunt, nec dolum admiserunt, succurritur, ut judicio familiæ ercifcundæ consequantur a Coherede delinquente, si quid illius culpa aut facto præstiterunt, ut in citatis Juribus habetur. Concordat textus in *l. in executione*, §. *quod si stipulatus, ff. eod. l. heredes*, §. *in illa quoque, l. inter*, §. *quod ex facto, ff. fam. ercisc.*

Monet Azo, Coheredes, qui non prohibuerunt, vel dolum non admiserunt, teneri quidem omnes in solidum, sed non quemque in solidum, quia regula generalis est, ut in omnibus faciendi obligationibus, ubi Promissor non facit, quod promisit, succedat obligatio ad id, quod interest: quæ est propositio Celsi in *l. si quis ab alio*, §. *fin. ff. de re judicat.* & Celsus a Tuberone accepit, *d. l. stipulationes non dividuntur, in princ.* Ceterum id quod interest, semper est dividuum, licet succedat in locum facti individui, ut in *cit. l.* habetur: quocirca heredes Promissoris in eo, quod interest, non possunt teneri, nisi pro parte hereditaria, ita tamen ut omnes simul solidum solvant, *l. 2.* §. *item si in facto*, ubi Accursius, & Cujacius, *ff. eod.* licet aliud senserit Bartolus. Idem patet ex *d.* §. *Cato*. Et ita intelligendus est textus in *l. heredes*, §. *in illa, ff. fam. ercisc.* ubi uno ex heredibus prohibente, *In solidum committitur stipulatio*.

II. Uno ex heredibus Stipulatoris prohibito, vel per dolum læso, ita distinguendum est. Aut stipulationi subdita est pœna, veluti, *Si adversus ea factum erit, tot dari?* Aut pœna subdita non est. Si non est subdita, is tantum aget pro sua parte, qui prohibitus, vel dolo læsus est; quoniam ejus solum interest, nec potest dici ceteros videri prohibitos, aut læsos, *d. l. 2.* §. *contra, d. l.* 4. *in princ.* Excipe, si non suo, sed communi nomine ingrediens, prohibitus fuerit, *d. l. si stipulatus*.

Si sit subdita pœna, non solum pro parte ejus heredis, qui læsus, aut prohibitus fuit, verum in solidum pro parte ceterorum committitur stipulatio, ita ut quisque pro parte hereditaria petere possit; quia pœna individua est, nec pro parte committi potest. Et hoc casu non quæritur, cujus intersit, sed an pœna commissa sit: & pœnæ petitio datur etiam iis, quorum nihil interest, *d. l. 2.* §. *contra, d. l. idem Juris, d. l. in executione*, §. *quod si stipulatus*.

Verum quia esset iniquum, ut pœna committatur ei, qui læsus aut prohibitus non est; propterea licet pœna committatur in solidum omnibus Stipulatoris heredibus, tamen si agant hi, qui non sunt læsi, aut prohibiti, repellentur exceptione doli mali; nam dolo faciunt, qui de pœna certant, cum nihil mali perpessi sint, *d. l. 2.* §. *contra*, Fab. 7. *conject.* 7. Hæc exceptio Prætoria facit, ut verum sit, quod dicitur, Jus esse artem boni

boni & æqui, ut Zasius ait in *d. l. 2. num. 5.*

Si Defunctus non cavit de dolo, quamvis alias ex natura contractus hæc obligatio insit, ut in contractu Commodati, & ceteris, qui bonæ fidei sunt; eo casu si unus ex heredibus dolum admittat, ipse solus tenetur, non etiam ceteri, qui non delinquunt. Ita Zasius hic *num. 63.* Et recte, quia heres hic delinquit ut principalis, ex nulla promissione Defuncti; & quamvis alias Defunctus teneretur tacite de dolo, tamen non eadem est vis taciti & expressi; & lex mitior est in sua provisione, quam homo in sua stipulatione, *l. Celsus in fine, ff. de Arbitr.*

De factis Successivis. De Operibus.

Stipulatio Operis faciendi individua est, ut fossam fodiri, vel insulam fabricari, *d. l. stipulationes non dividuntur, in princ.* Id ipsum est, si opus Testator fieri jusserit; nam singuli heredes in solidum tenentur, *d. l. in executione, §. secunda*, ubi cur opus natura dividuum, Jure individuum sit petitione & solutione, ea ratio redditur: *Quia Operis effectus in partes scindi non potest.* Opus enim quodcumque suam propriam formam habet, quam nisi consequutum sit, opus non dicitur perfectum, *l. si is, qui quadringenta, §. quædam, ff. ad legem Falcidiam*, cum concordantibus ibi ab Accursio adductis.

Itaque si Testator injunxerit heredi Gymnasii, exempli gratia, constructionem, nemo ex ipsis liberatur, nisi toto Gymnasio constructo. Quod si portam Gymnasii fieri jusserit, quamvis porta respectu Gymnasii pars sit, tamen in quantum ad onus heredibus impositum, se habet ut totum, ut constat ex *d. §. quædam*, ubi Testator jussit stadium fieri, & singuli heredes tanquam ad opus completum in solidum tenentur; & tamen stadium non est, nisi pars Gymnasii, Vitruvius *5. Archit. 11.* Itaque Gymnasium origine, & ante conventionem est dividuum, possumque stipulari partem Gymnasii fieri: & ubi totum venit in conventionem, est individuum facto. A Doctoribus hæc vocantur Individua obligatione & solutione, non origine. Zasius in *§. Cato, num. 39.*

Refragari videtur Paulus in *l. mortuo, §. ult. ff. de leg. 2.* ubi hæc habet: *Si Testator dari quid jussisset, aut opus fieri, aut munus dari, pro portione sua eos præstare, quibus pars hereditatis accresceret, æque ac cetera legata, placet.* In quibus verbis Jurisconsultus nullum discrimen inter legatum dandi, quod est dividuum, & opus faciendi agnoscit. Si ergo Testator tribus heredibus institutis æqualiter, unum jusserit opus facere, qui hereditatem mortuo Testatore repudiet, pars accrescit ceteris duobus, quorum jam quisque pro semisse heres est. Ait Paulus duo. I. Partem repudiatam accrescere cum onere suo, id est, faciendi opus. II. Quemque duorum heredum teneri pro portione sua, id est, quemque pro semisse. Non ergo quisque in solidum.

Varie a Doctoribus responsum est. Placet quod ait Alciatus *2. parerg. 22.* Paulum non loqui respectu legatarii, qui unumquemque heredum pro solido convenire potest, ut in citatis Juribus; sed sermonem habere de ipsis heredibus inter se; licet enim horum quisque pro solido teneatur, tamen judicio familiæ ercifcundæ potest unus ab altero compelli, ut sumtus pro ea parte, pro qua heres est, operi faciendo subministret, ut in *L. 2. §. ex his, ff. eod.*

De Operis.

Operæ sunt diurnum officium, quod Libertus Patrono stipulanti promittit se præstiturum, cum poposcerit, *l. 1. l. cum Patronus, ff. de oper. Libertor.* Aliquando operæ numero definitæ promittuntur, ut una, decem, mille, *l. 15. ff. cit. tit. l. in stipulationibus, §. operarum, ff. eod.* Harum aliæ sunt officiales, veluti ut sequatur Patronum, cum eo moretur, peregre proficiscatur, negotium ejus exerceat, custodiat domum, *l. medicus, l. hæ demum, l. duorum, ff. de oper. Libert.* Aliæ artificiales, ut si Libertus sit librarius, histrio, medicus; imo si faber, aut pictor fuerit, has operas Patrono præstare cogitur, *l. hæ operæ, ff. cit. tit.* Appellantur etiam *salarium, l. Thais, §. Lucius Titius, ff. de fideicom. Libertat.*

Inter has illud I. distat, quod Officiales non alii deberi, quam Patrono, possint: Artificiales, jubente Patrono, & alii edi possint. Quocirca Libertus medicus ex voluntate Patroni gratis curabit Amicos ejus, & histrio Amicorum ludis gratuitam operam præstabit, *l. operæ 9. l. si Libertus 27. ff. cit. tit.*

II. Distat, quia operæ fabriles, ceteræque quæ in artificio sunt, ad heredem extraneum transeunt: Officiales vero non transeunt, *l. fabriles, ff. cit. tit.* Vide de his omnibus latius Fabr. in *Jurispr. Pap. tit. 4. princ. 9. illat. 12. & seq.*

Per-

Perperam Zasius in *d. l. stipulationibus* reprehendit Accursium, quod inter operas Libertorum reposuerit laborare in fundo, quod servile opus est, quo Libertus non adstringitur, ut in *tit. de oper. servor.* Verum si Libertus putator sit, vel fossor, dubitandum non est, has operas posse ab eo exigi ex *l. ejus artificii*, *§. fin. ff. de oper. Libertor.* Interim cum operis Officialibus Obsequia Libertorum confundenda non sunt, quæ consistunt in eo, ut ne Libertus Patrono ingratus sit, ne eum in judicium sine Prætoris venia vocet, quæ omnia sine operis præstantur, ut in *tit. ff. & C. de obsequ. Patr. præst.*

Operarum itaque stipulatio individua est, cum pars Operæ intelligi non possit, *l. 1. §. si usufructus, ff. ad legem Falcidiam*, & qui non totam præstat, nullam præstat, quoniam in ea effectus intenditur, qui dividi nequit, *d. l. in executione*, §. 2. Unde operæ comparantur generi, & ideo divisio est non in partes operarum, sed in numero, veluti si Libertus decem operas promiserit, *dict. l. in stipulationib. §. operarum*.

Unde I. Fit, Patronum non posse stipulari a Liberto trium, aut sex horarum operam, quæ esset stipulatio partis operæ, id est, rei impossibilis, cum opera partes non habeat, *l. Libertus 15. ff. de oper. Libert.* ubi hæc Ulpianus habet: *Neque promitti, neque solvi, nec deberi, nec peti pro parte poterit opera.* Quippe essentiæ rerum sunt individuæ, & essentia operæ in Jure nostro statuta est, ut sit *Diurnum Officium*, *l. 1. ff. cit. tit.* Et hoc est quod voluit Pomponius in *l. 3. ff cit. tit.* illis verbis: *Nec pars operæ per horas solvi potest, quia id est officii diurni.* Itaque opera quælibet XII. horis circumscribitur more Romanorum, qui quemque diem in XII. horas dividebant, inæquales tamen, ita ut temporis spatia, quæ ad curam corporis necessaria sunt, Liberto relinquantur, *d. l. 3.* & *l. cum Patronus.* Imo si Libertus alere se non possit, ei satis temporis elargiendum est ad quæstum faciendum, unde se alat, nisi Patronus de suo alimenta præstare velit, *l. suo victu, cum seq. ff. cit. tit.*

II. Fit, ut si Libertus plures operas debeat, & Patronus decedat pluribus relictis heredibus, hi obligationem operarum numero divident: ita quoque si Libertus communis duobus dominis mille operas promiserit, cuique quingentæ debeantur, *d. l. Libertus 15.*

Objicies I. Ex *d. l. in stipulationibus*, §. *operarum*, ubi si Libertus communis duobus Dominis operam unam promittat, quisque ex Dominis partem operæ tantam, quantam in servo habet, petere potest. Concordat textus in *l. si quando*, *ff. de oper. Libert.* ibi. *Et peti posse partem operæ*, ubi tamen sermo est de opera præterita, id est, quæ transacto jam die, & opera non præstita, petitur: at in *d. §. operarum* sermo est de opera præstanda.

Facilis tamen responsio est, in utroque textu Jurisconsultos loqui de partibus operæ, habito respectu non ad operam ipsam, quæ est individua, sed ad æstimationem, quæ etiam in obligatione individua scindi potest, *l. stipulationes non dividuntur*, *ff. eod.* Constat autem, de æstimatione sermonem haberi, quia in *d. l. si quando*, ideo dicitur peti posse partem operæ, quia opera præterita petitur; & operæ præteritæ non est nisi æstimatio: & in *d. §. operarum*, ubi de opera præstanda agitur, aperte habetur, aut æstimationem operæ fieri, aut eandem operam simul duobus patronis consentientibus communiter edi oportere.

Objicies II. Operis pars stipulari potest. Ergo etiam operæ. At distinguendum est inter ea, quæ Individua sunt ex destinatione & conventione, & inter Individua origine; hæc enim scindi ab homine non possunt, at illa possunt: nam fundus, quam habeo, unus erit, donec eum in duos dividam, *l. communi*, *§. Neratius*, *ff. comm. divid.*

Hactenus facta individua expoluimus; consequens esset, ut diceremus de pœna, quæ obligationibus faciendi adjici solet. Sed antequam ad eam aggrediamur, pretium operæ est, ut de Pignore dicamus, cujus causæ Individuis accensetur. Sit ergo.

De causa Pignoris.

Quamvis Pignus sæpe in rebus dividuis, imo divisis, constat, pignoris tamen causa semper indivisa dicitur, *l. rem hereditariam*, *ff. de eviction.* ubi *indivisa* est pro *individua*, ut in *l. vie. ff. de servitut.* & species illius *legis* demonstrat. Nam duo heredes debitoris rem pignori obligatam vendiderunt, evictione promissa non in solidum, sed pro parte hereditaria; tum unus ex his heredibus pignus pro parte sua liberavit, solvens creditori partem suam debiti, alter non liberavit: quocirca creditor egit hypotheca-

S ria-

ria adversus emptorem, & pignus evicit. Quæsitum est, an Emtor ex causa evictionis utrumque heredem convenire posset. Et videbatur negandum, quia evictionem non in solidum, sed pro parte hereditaria promiserunt, & unus heredum jam pro parte sua pignus liberavit. Respondet tamen Papinianus, recte utrumque heredem conveniri, *propter indivisam Pignoris causam*. Verum heres, qui pro parte sua pecuniam solvit, licet exceptione doli contra Emtorem non gaudeat, tamen ei judicio familiæ ercifcundæ adversus coheredem consulitur, ut *ibidem* habetur.

Hæc indivisa Pignoris causa ortum habet ex eo, quod Pignus introductum est, ut Creditori tutum sit: tuitio autem, quæ est causa Pignoris, ut defensio, individua est. Unde qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, licet partem ejus, quod sibi debetur, acceperit: retinebit enim omnes, ut eo magis creditum sibi in tuto sit, *l. qui pignori*, *ff. de pignor. l. 2. C. de Fidejussor.* Hinc etiam si Debitor, vel unus ex heredibus ipsius partem solverit, totum pignus Creditor vendere potest, *l. heredes*, *§. idem Juris*, *ff. famil. ercisc. l. si necessarias*, *§. si unus*, *ff. de pignerat. act.* etiamsi pro majori parte debitum solutum sit, *l. quamdiu*, *C. de distract. pign.* Ita quoque si Creditori plures heredes existant, & uni ex his pars ejus solvatur, adhuc ceteri heredes totum pignus vendere possunt, oblato tamen Debitori eo, quod coheredi eorum solvit, *l. solutum*, *§. si creditori*, *ff. cit. tit.* Et vera hæc sunt, non si de sorte tantum, sed etsi de usuris duntaxat aliquid superfit solvendum, *l. 2. C. Debitor. vendit. pign. imped. non posse*, Faber *de var. solut. qu. 7. num. 41.*

QUÆSTIO UNICA.

De pœna in Obligationibus Faciendi.

Est dictum supra de pœna subdita Stipulationibus dandi Speciem vel Quantitatem. Agemus modo de pœna adjecta Obligationi Faciendi, sive Factum dividuum sit, sive individuum. Quod unum supererat ad capienda ea, quæ ex sententia M. Porcii Catonis disputantur a Paulo in *l. 4. §. Cato*, *ff. eod.* Nam cetera, quæ illic nullo ordine coacervantur a Doctoribus, de Stipulationibus Iter fieri, Amplius non agi, de Rato, de Stipulationibus Prætoriis; de Jure Pontificio circa Individua, & hujusmodi alia, ea a nobis suis in locis opportune disposita jam explicata sunt.

Itaque Obligationi Faciendi subdi pœna solet ob varias causas, ac proinde varie concipienda est. Nam si id agitur, ut fiat aliquid, ita concipietur Stipulatio pœnalis: *Si ita factum non erit, tunc pœnæ nomine tot aureos dari?* E diverso si id agatur, ut ne fiat aliquid, ita concipietur: *Si adversus id factum erit, &c. l. cum quod*, *l. continuus*, *§. pen. ff. eod.* Summa est, ut in Stipulationibus Facti affirmativi, pœna negative veniat: & in Stipulationibus Facti negativi, pœna veniat affirmative; quia pœnæ sunt de genere oppositorum in quantum ad principales obligationes, ut ait Jason in *d. l. cum quod*. Nec in his Stipulationibus est necesse pœnæ nomen apponi & exprimi, ut male putat Jo: Andr. in *cap. bona fides*, *de depos.* satis est enim dicere: *Si adversus id factum erit tot dari? l. in executione*, *§. quod si stipulatus*, ubi *gl. ff. eod.* Alexander & Zasius in nostro *§. Cato*.

Hæc pœna in Stipulationibus varia operatur. I. Enim ob pœnam, ex die moræ, quando Stipulatio est duplex, prioris fit quasi novatio; quia ex posteriore Stipulatione tantum agi potest, non ex priore; nisi scilicet Contrahentes novari voluerint, quo casu statim, non expectata mora, novatio fit. Ita conciliantur leges, quæ videbantur sibi invicem adversari, *l. ita stipulatus*, *§. item si*, *ff. eod. l. obligationum*, *§. fin. ff. de action. & obligat.* & *l. si quis a socio*, *cum sequ. ff. pro socio*, *l. prædia*, *in fine*, *l. Lucius*, *ff. de actemti*, *l. qui Romæ*, *§. Flavius*, *§. duo Fratres*, *ff. eod. l. apud Celsum*, *§. Labeo*, *ff. de doli except. l. rescriptum*, *§. si pacto*, *ff. de pactis*, cum multis similibus in toto Jure. Ita conciliat Cujacius in *d. l. ita stipulatus*, ubi etiam Zasius varias Antiquorum controversias & fluctus enarrat a *num. 42.* Duplex Stipulatio est, si ita concepta sit, *Pamphilum dare spondes? & si non dederis, centum dare spondes?* Ubi agitur, ut alterutrum præstetur, & post moram fit quasi novatio, quia Stipulatio Pamphili ex mora transfunditur in Stipulationem pecuniæ: non est vera novatio, quia in ea non mutatur debitum, sed causa debendi. Simplex Stipulatio est, quæ incipit a conditione, ut *Si Pamphilum non dederis, centum dare spondes?* ubi Pamphi-

lus non est in obligatione, sed in præstatione. Et hic nulla quasi novatio est. Vide in *d. l. stipulatus*, §. *item si*.

II. Stipulatio Facti alieni, & Stipulatio alteri facta, adjectione pœnæ ex inutili fit utilis, ut *Nisi Titius Romam inverit, centum pœnæ nomine spondes? Nisi Cajo fundum dederis, centum mihi dabis?* Quibus casibus semper ex Stipulatione pœnali exigere id possum, quod pœnæ nomine promissum est, §. *alteri*, §. *versa vice*, *Instit. de inutil. stipul.*

III. Non apposita pœna, Creditor aget vel ad rem, seu Factum, vel ad id quod interest, quod plerumque incertum est, & variis subjacet discussionibus, ut plerumque fit litem de lite serere, *l. un. C. de sent. quæ pro eo, quod interest, profer.* At ubi est subdita pœna, Creditor fit tutior, & relicto eo, quod interest, pœnam petet, quæ certam quantitatem continet, §. *non solum*, *Instit. de verb. obligat.*

IV. Pœna adjecta Stipulationi dandi rem etiam dividuam, veluti quantitatem, aut speciem, ipsa individua est: quare pœnam committet etiam heres, qui suam partem solvit. Et ita deciditur in *l. 5. §. ult. §. eod.* ut latius supra *cap. 1. qu. 2.*

Dubium tamen esse poterat, utrum in stipulationibus Faciendi pœna eodem modo individua sit. Et de hac re ex sententia Catonis egit Paulus *lib. XII. ad Sabinum*, & de M. Portio Catone intelligendus est, quem Jurisconsultum appellat Cornelius Nepos in *vita*. De Catone autem meminit Pomponius in *l. 2. ff. de orig. Jur.* Is egregios de Juris disciplina libros reliquit, teste Gellio 13. *Noct. Attic.* 18. *Commentarios Juris* nominat Festus in *v. Mundus*, ex quibus hæc accepisse Paulum, hic opinatur Cujacius. Ejus quoque est Regula, quæ dicitur Catoniana, & sententia illa, de qua meminit Justinianus in §. *ult. Instit. de adopt.* Servos si a Dominio adoptati sint, hoc ipso liberos intelligi. Sed jam Pauli verba recitemus.

§. *Cato lib. XV. scribit: Pœna certæ pecuniæ promissa, si quid aliter factum sit, mortuo Promissore, si ex pluribus heredibus unus contra quam cautum sit, fecerit, aut ab omnibus heredibus pœnam committi pro portione hereditaria, aut ab uno pro portione sua. Ab omnibus, si id factum; de quo cautum est, individuum sit, veluti Iter fieri; quia quod in partes dividi non potest, ab omnibus quodammodo factum videretur. At si de eo cautum sit, quod divisionem recipiat, veluti Amplius non agi; tunc eum heredem, qui adversus ea fecit, pro portione sua solum pœnam committere. Differentiæ hanc esse rationem, quia in priore casu omnes commisisse videntur, quod nisi in solidum peccari non poterit illam stipulationem, Per te non fieri, quo minus mihi ira agere liceat.*

§. *Sed videamus, ne non idem hic sit, sed magis idem, quod in illa stipulatione, Titium, heredemque ejus ratum habiturum? Nam hac stipulatione, & solus tenebitur, qui non haberit ratum, & solus aget, a quo fuerit petitum: Idque & Marcello videtur; quamvis ipse Dominus pro parte ratum habere non potest.*

Hæc Paulus, prout leguntur in Pandectis Florentinis, testibus Lælio Taurello hic, & Angelo Politiano 2. *epist. ult.* Dividitur textus in duas principales partes. In priori præter introductionem ad quæstionenem sunt duæ propositiones Catonis, & ratio differentiæ. In posteriore est supplementum Pauli, qui orditur, ibi, *Sed videamus*.

Prior Pars.

HAnc diximus complecti duas Catonis propositiones una cum discriminis ratione. Singula enarranda sunt.

I. CATONIS PROPOSITIO.

IN facto individuo, cui pœna certæ quantitatis subdita est, uno ex heredibus, contra quam cautum est, faciente, ab omnibus pœna committitur, non in solidum sed pro ea parte, pro qua quisque heres est. Concordant textus in *l. in executione*, §. *quod si*, *ff. eod. l. inter coheredes*, §. *quod ex facto*, *ff. fam. ercisc.* Exemplum Cato affert in stipulatione Iter fieri, quæ non est stipulatio servitutis, quæ est Jus, & in dando consistit; sed est stipulatio facti, id est, præstandæ patientiæ in servitute Itineris jam constituti; nam Iter fieri est res facti, *l. 1. in princip. ff. de his, qui dejecer. vel effunder.* ibi: *Qui dejiciunt, ubi vulgo iter fiat*, *l. 1. §. Julianus*, *ff. de Itin. Actuque priv.* ibi: *Si per vicini agrum iter fecerit.*

In nonnullis exemplaribus legitur, *veluti Iter fieri, vel non fieri*. Non sunt tamen duo exempla, sed unum; nam stipulatio Iter fieri ita compendio dicitur; cum vero explicatur, ita habet, *Non fieri per te, quo minus mihi*

ire liceat? & patet ex nostro §. *in fine*. Paria ergo sunt Iter fieri, & Per te non fieri, & geminantur ut unum explices alterum, ut recte hic Zasius notat.

Exemplum ergo ita se habet. Cum turbaret in servitute Itineris, quam per tuum fundum habeo, bis a te stipulatus sum: primo *Promittis, per te non fieri, quominus mihi per tuum fundum ire liceat?* deinde: *Si adversus id factum erit*, tunc *decem dari*. Quæ est stipulatio duplex, una principalis, altera pœnalis. Vel una stipulatione ita: *Si per te non fiat, quominus mihi ire liceat, decem dare spondes?* Hic enim nihil interest, utro modo dictum fit. Defuncto Promissore, unus ex pluribus heredibus me ire prohibuit; quocirca ago non ad id, quod interest, sed ad pœnam. At contra quem? Cato ait, posse me omnes heredes uno judicio convenire, ut pœnam solvant, licet unus prohibuerit: omnes autem convenientur, universi in solidum, singuli pro portione hereditaria.

Rationem, cur omnes conveniantur, reddit Cato, quia stipulatio Iter fieri est individua; quare dum ab uno ex heredibus prohibeor, in solidum prohibeor, & ideo mea interest a nemine prohiberi. At rationem, cur singuli pro parte hereditaria teneantur, non reddit Cato. Ea tamen est, quia pœnæ, quæ in quantitate consistunt, dividuæ sunt.

At cur heres, qui prohibuit, non convenitur ipse in solidum? Dicimus, quia stipulatio ista pœnalis descendit in heredes a Defuncto, & est dividua: obligatio autem dividua ex lege XII. Tabularum scinditur ipso Jure inter heredes, *l. pacto, C. de pactis*, *l. heredes*, §. *an ea*, *ff. fam. ercisc.*

Tota ergo ratio primæ propositionis Catonianæ dependet ex quatuor. I. Quia res promissa est individua. II. Quia pœna subjecta est dividua. III. Quia ex re individua oritur obligatio in solidum. IV. Quia obligatio rei dividuæ scinditur ex lege XII. Tabularum inter coheredes.

Et hic noster textus est singularis ad hoc, ut omnes heredes teneantur in solidum, singuli pro parte hereditaria: & ex eo declarantur multi Juris nostri loci, qui aliter verterentur in dubium, ut ait Zasius hic *n.* 26. ut est textus in *d. l. heredes*, §. *in illa*, ubi in stipulatione Iter fieri, uno herede prohibente, in solidum committitur stipulatio pœnalis; id est, in solidum, in quantum ad omnes unitim; pro parte hereditaria, in quantum ad singulos. In aliis legibus in eodem exemplo simpliciter dicitur, Unius facto omnes coheredes teneri, *l. inter coheredes*, §. *quod ex facto*, *ff. eis. tit. l. in executione*, §. *quod si*, *l. Julianus in princ. ff. eod.* Omnes ergo ex nostro §. dilucidantur: atque ita in similibus discurrendum est; eo enim solum casu quisque heredum tenetur in solidum, cum res est individua, ut jam dicemus: ut si obligarentur ad servitutem constituendam, *d. l. heredes*, §. *an ea*, *l. 2.* §. *ex his*, *ff. eod. l. fideicommissa*, §. *pen. ff. de leg.* 3. ibi: *Si in opere Civitatis faciendo aliquod relictum sit, unumquemque heredum in solidum teneri*, id est, in solidum, in quantum ad opus; pro parte hereditaria, in quantum ad sumtus, ut ibidem explicatur.

Ceterum hic plura notanda sunt. I. Hæc intelligi ante judicium familiæ ercifcundæ; post enim divisam hereditatem si prohibeat is, cui fundus serviens adjudicatus est, ipse solum pro solido ad pœnam tenetur, *l. continuus*, §. *ult. ff. eod.*

II. Si prohibitio facta sit ante judicium familiæ ercifcundæ, ita ut omnes heredes conventi sint, & singuli pro portione hereditaria pœnam solverint; instituto deinde eo judicio quisque repetet a coherede, qui prohibuit, id quod solvit, *d. l. heredes*, §. *idem juris*, *d. l. in executione*, §. *item si ita*.

Quæres, quidnam statuendum sit, si facto individuo apponatur pœna non certæ pecuniæ, ut Cato ponit, sed rei etiam individuæ, ut *Fossam duces? Romam ibis?*

Et dicimus, pariter ob culpam unius heredis omnes teneri; quia adhuc verum est, id quod est individuum, factum ab uno heredum, ab omnibus quodammodo factum videri. Discrepat tamen hic casus a superiore in hoc, quod hic quisque heredum convenietur non pro ea parte, pro qua heres est, sed pro solido; cum enim pœna sit rei individuæ, non intelligitur ex lege XII. Tabularum divisa inter coheredes. Ita Zasius hic *n.* 28. Id tamen verum est, cum agitur ad rem individuam præcise; nam si agatur ad æstimationem ad id, quod interest, jam pœna ex individua dicitur evasisse dividua ex *l. stipulationes non dividuntur in princ. ff. d. l. in lege Falcidia, ff. ad legem Falcidiam*; et propterea ex prima Catonis propositione quisque heredum pro portione hereditaria con-

convenietur: quamquam Zasius hoc etiam casu quemque in solidum teneri affirmet, parum sibi consensiens, ut constabit ex his, quæ in Propositione II. ex eodem Zasio afferemus.

Multa tamen sunt, quæ adversus primam hanc Catonis propositionem opponuntur ex variis Juris nostri locis, in quibus resolvendis tota fere versatur Bartoli expositio, & recitatio hic facta.

I. Ex Ulpiano in *l. de pupillo*, §. *si plurium res*, *ff. de oper. novi nunciat.* ubi si unus ex Dominis ejusdem rei ædificaverit post operis novi nunciationem, alii qui non ædificaverint, non tenentur: *neque enim debet nocere factum alterius ei, qui nihil fecit*, ut sunt Ulpiani verba; id est, impensæ in ædificium excitandum factæ, & impensæ in idem Jussu Prætoris restituendum (Restituere in hoc Edicto est Destruere) erogatæ, in judicio communi dividundo ab aliis Dominis & Sociis pro rata parte non reficientur, sed eas solus ipse subibit. Et tamen novi operis nunciatio individua est, ut in nostra *l.* 4. §. *ult.*

Verum dicimus, hic duo distinguenda esse, nunciationem operis novi, & judicium communi dividundo. Cum agitur de opere novo destruendo, id ad nunciationem novi operis pertinet: at cum agitur de expensis pro parte reficiendis ei, qui post denunciationem ædificavit, id ad judicium communi dividundo spectat, in quo habetur ratio expensarum, ut rei dividuæ, & utrum juste factæ sint, inquiritur. Hæc exemplo heredum clariora fiunt; nam si unus heredum prohibuit iter fieri, omnes tenentur, at cum deinde judicium familiæ ercifcundæ instituitur, tunc heredes, qui non deliquerunt, repetunt a delinquente id, quod ipsius culpa solutum est, *d. l. heredes*, §. *idem Juris*. Sicut ergo hic heredes, qui solvernnt, repetunt a delinquente, ita in *d.* §. *si plurium res* Socii, qui non solverunt, nihil reficiunt delinquenti, qui solvit.

Neque nos moveat, non debere nocere factum alterius ei, qui nihil fecit, ut Ulpianus dicebat, & habetur in *l. sancimus C. de pœnis*; nam effectu inspecto, negamus heredes innocentes plecti, utpote quibus in judicio familiæ ercifcundæ a delinquente omne damnum reficitur; etsi interim lex, ut consulat indemnitati creditoris, cogat omnes heredes ad pœnam ei solvendam.

II. Ex *l. fideicommissa*, §. *pen. ff. de leg.* 3. Species est: reliquit testator certam pecuniæ summam, ut in opere Civitatis faciendo impenderetur ab heredibus, quos plures habuit; quia opus est individuum, quisque heredum tenetur in solidum. Accidit, ut reliquis heredibus cessantibus, unus ex ipsis opus fecerit. Dicitur, eum qui fecit, recte fecisse, & non teneri ob cessationem aliorum: imo eum imputaturum in judicio familiæ ercifcundæ sumtum coheredibus pro parte ipsorum. Et subditur, id ipsum esse in ceteris, quæ divisionem non recipiunt.

Pro responsione plura notanda sunt. I. Hic nullam a testatore in gratiam Civitatis fuisse subditam pœnam. II. Factum fuisse affirmativum. III. Fuisse in manu unius ex heredibus totum opus facere, ex rescripto D. Marci, & Lucii Veri, qui tempus præstiterunt heredibus ad opus faciendum, quo transacto, concesserunt uni ex ipsis, qui id petebat, ut solus faceret. Hinc ergo qui solus fecit, ad nihil tenetur, quia permissu Principum totum opus confecit; & qui non fecerunt, non coguntur nisi partem sumtuum contribuere, cum nulla pœna fuerit apposita. Tota ergo difficultas fuit, an unus tantum heres posset opus facere, cum unusquisque in solidum teneretur, & permissu Principum dictum est posse: qui permissus hodie amplius non est hominis, sed est legis, hoc est, quilibet heres ipso jure posset opus injunctum conficere. Unde recte Angelus in *l.* 2. §. *ex his*, *ff. eod.* voluit, ex pluribus sociis ejus fundi, qui servitutem promiserunt, posse unum servitutem constituere, si in manu ejus fundus sit. Quod etiam comprobat Zasius hic *num.* 35.

Quod si testator pœnam legato operis subdidisset, puta Civitatem pœnam ab omnibus exigere potuisse, etiam ab eo, qui opus confecit; nam in pœna non inquiritur an intersit, sed an pœna commissa sit, *d. l.* 2. §. *contra*. Et propterea in hoc etiam casu regula nostri Catonis firma manet: nisi dicamus, heredem, qui opus fecit, tueri rescripto Principis, quod impetravit: fecit enim legitime, quamvis Ludovicus Romanus, & Zasius hic *num.* 40. velint, etiam heredes, qui in mora sunt, pœnam evitare.

III. Ex *l. in depositi*, *cum seq. ff. depos.* ubi si unus ex heredibus dolum in re depositia admittat, solus tenetur. Similia habentur in *l.* 1. §. *si duo*, & in *l. si duo*, *ff. eis. tit.* in *l. sicut certo*, §. *si duobus*, & in

l. in commodato, *§. 1. ff. commodati*.

Facillime respondetur, in his agi de obligatione restituendi rem, quæ prout in individuis est individua, ita in hiis, quæ divisionem recipiunt, dividua est; & in citatis juribus de dividuis agitur, ut facile consideranti patet, & diximus supra in *Rem restitui*.

II. CATONIS PROPOSITIO.

IN facto dividuo, cui pœna certæ pecuniæ subjecta est, is solus heres, qui contra fecerit, pro parte tantum sua pœnam committit, ita ut ab eo solum pœna pro parte hereditaria exigi possit, non etiam a choeredibus. Exemplum Cato proponit in stipulatione amplius non agi, cui scilicet pœnam decem subjecta sit; tunc enim uno ex heredibus promissoris agente, ipse solum convenitur ad pœnam solvendam, non in solidum, sed pro ea parte, qua heres est. Ratio est; quia unus ille heres, qui agit, nequit a me petere totam rem, cum agatur de obligatione dividua. Petet ergo solum quadrantem, si pro quadrante heres est. Nocet ergo mihi pro parte, proinde pro ea quoque parte pœnam committet.

Quæres quid dicendum sit, si in facto dividuo pœna sit individua, id est, non consistat in quantitate, sed dictum sit. *Si adversus id factum sit*, *constitues iter*.

Varia Doctorum opinio est. Verius est, stipulationem principalem manere dividuam non obstante stipulatione pœnali individua heredem vero, qui fecit contra id, quod cautum fuit, teneri ad solidam pœnam; cum enim pœna sit individua, utique pars pœnæ peti non potest. Verum quia solus servitutem in re communi præstare non potest, *l. unus ex sociis*, *ff. de servit. rustic. præd.* proinde decurri ad æstimationem, quanti mea interest servitutem itineris non constitui; ob quam æstimationem jam pœna attenditur, ut dividua, *l. in lege Falcidia*, *ff. a legem Falcidiam*, ubi si ex servitute legata deducenda sit lex Falcidia, ex æstimatione ejus quarta deducitur. Ex quibus fieri heredem, qui egit, non teneri; nisi ad pœnam pro parte hereditaria, coheredibus nihil solventibus. Itaque isto etiam casu, attento effectu, firma Catonis propositio manet. Ita post Petr. de Bellap. docet Zasius hic *n.* 30. Quod si dictum sit in pœnam, *Romam ibis? Statuam facies?* universa pœna solvenda est.

Vehementer tamen obstat contra secundam Catonis propositionem; quia si promisi certam pecuniam, vel certum fundum, & ni solveretur, certam quantitatis pœnam, & unus ex heredibus meis partem solvat, alter non, pœna in solidum contra ambos committitur, *l. 5. §. si sortem*, *l. in executione*, *§. item si*, *ff. eod. l. heredes*, *§. idem juris*, *ff. fam. ercisc.* & diximus supra *cap. 1. qu. 2.*

Varie responsum est. Et quidem Chesius *lib. 1. interpr. jur. cap.* 50. post Alciatum, aliosque, ait distinguendum esse inter stipulationem pœnalem puram, & conditionalem; nam in recitatis modo legibus conditionalis fuit, ut ex illis verbis; d. §. *si sortem patet*: *Si ea solvatur*; & in d. §. *item si*, ex illis: *Si fundus Titianus non detur*. At in nostro §. *Cato* stipulatio pœnalis pura fuit. Merito ergo hæc dividua est, illa individua, quia conditio etiam rei dividuæ adjecta, actum reddit individuum.

Hæc conciliatio multis ex capitibus rejicitur. I. Quia in jure nostro expresse habemus; pœnam semper sub conditione concipi, idest, in factis negativis ita: *Si adversus ea factum erit*: in affirmativis ita: *Si ita factum non erit*, *l. continuus*, *§. pen. l. cum quod*, *ff. eod.* *§. non solum*, *instit. hoc tit.* II. Si ponamus pœnam ita concipi; *Promittis Stichum sub pœna decem*, huic stipulationi tacita etiam conditio inest; sensus quippe est: *Si Stichum non dabis*, *promittis pœnam decem?* nam omnis stipulatio pœnalis, conditionalis est, quibuscunque verbis concipiatur, *l. si duobus*, *ff. de condit. & demonstr. l. stipulatio ista*, *§. alteri*, *in fine*, ubi Cujacius, *ff. eod.* Zasius hic *num.* 87. Unde Alciatus in *d. l. 5. §. si sortem* docuit, stipulationem usurarum, tanquam pœnalem, intelligi sub conditione conceptam, si scilicet sors soluta non fuerit, quamvis dictum sit: *Promittis tot. in singulos annos pro usuris?* Et hoc casu nullum est discrimen inter conditionem expressam, & tacitam, scilicet, si illa facit actum individuum; ergo etiam ista, ut idem Alciatus *ibidem* contendit. III. Omnem dubitationem tollit Cato ipse, qui expresse ait, stipulationem pœnalem fuisse conditionalem: quippe hæc habet: *Pœna certæ pecuniæ promissa*, *si quid aliter factum sit*. IV. Quia hæc de conditione opinio, quod reddat actum individuum, falsa est, ut jam diximus, & patet ex hoc ipso §. *Cato*.

Alii alio confugiunt. Vera esse videtur distin-

distinctio Joannis apud Accursium hic, quam Doctores communiter sequuntur. Nempe separandas esse stipulationes faciendi a stipulationibus dandi. Itaque in stipulatione faciendi vel non faciendi, super facto dividuo, si pœna quantitatis subdita sit, solus heres, qui contra cautionem facit, tenetur ad pœnam pro ea parte, pro qua heres est, & de hac sermo est in nostro §. *Cato*. Secus est in stipulatione dandi rem dividuam, adjecta quantitatis pœna; quippe uno ex heredibus non dande, omnes in solidum pœnam committunt; & de hac stipulatione dandi aperto habetur in *d. l.* 5. § *si sortem* cum aliis concordantibus jam citatis.

Ceterum quamvis hæc distinctio communiter recepta sit, tamen de ratione distinctionis & discriminis non una sententia est. Joannes eam reddit, quia facilius est dare, quam facere facilius potest alter pro altero dare, quam facere; id tamen rejicit Alexander de Imola, quia licet id in quantitate verum sit; falsum tamen est in specie, veluti in fundo, etenim coheres partem fundi, quæ ad coheredem pertinet, dare non potest, licet partem suam possit. Quare ratio Joannis utilis non est, quidquid contra moliatur Zasius hic *num.* 75. *& seq.*

Rectius Cujacius hic rationem distinctionis in eo ponit, quod in stipulatione dandi stipulatoris interest sibi non solvi per partes, quia solutio partium non minima incommoda habet, *l.* 3. *ff. fam. ercisc.* At in stipulatione faciendi nihil interest, nisi pro parte, cum pro parte factum vel non factum est. Exempli gratia, unus ex heredibus agit, non mea interest, nisi pro ea parte, pro qua ipse heres est, ut in exemplo hujus propositionis expositum est; merito pro parte tantum pœna committitur. Sequitur Fachin. 10. *contr.* 63. Addit Valentia *tract.* 4. *cap.* 6. *nu.* 20. factum dividuum pro pluribus factis haberi; nam recipit divisionem, non quia unicum factum dividi possibile sit, sed quia plura facta censentur. Utraque ratio desumta est ex *l. si procurator*, §. 6. *ff. rem ratam haberi*.

Differentiæ ratio inter utramque Propositionem.

HAnc reddit Cato ipse, sed mutilatam, & ex duabus partibus, quas deberet habere, unam tantum apponit; ait enim in stipulatione iter fieri, quæ est individua, ideo uno herede prohibente, omnes ad pœnam teneri, quia cum non nisi in solidum præstari possit, ideo quod unus commisit, omnes commisisse videntur. Quod ipse etiam Cato jam supra in prima propositione dixerat, & nunc repetit. De altera stipulatione. Amplius non agi, quæ est dividua, nihil habet; opinatus enim est, satis intelligi rationem facti dividui ex ratione facti individui; quippe cognito uno ex contrariis, facile est & alterum cognoscere, §. *sed videamus*, *instit. de iis*, *qui sui*, *vel alieni juris sunt*.

Tria hic notatu digna occurrunt. I. Verba illa Catonis, *quod nisi in solidum peccari non poterit illam stipulationem*, a recto linguæ latinæ usu abhorrere videri. Quare aliter atque aliter ea pro arbitrio corrigunt Accursius, Corasius, Faber. Alterutrum est recipiendum, aut cum Lælio Taurello in *enarrat. nostri* §. legi debere cum parenthesi & scilicet, ita: *in priore casu omnes commisisse videntur* (*quod nisi in solidum peccari non poterit*) *illam stipulationem*, *per te non fieri*, *&c.* ita ut *illam stipulationem* referatur ad *commisisse*. Aut potius cum Cujacio existimandum est a Catone dici, *peccari stipulationem*, pro *in stipulationem*, vel *secundum stipulationem*, ut cum dicimus, *& alia id genus*. Et erit locutio a Græcis accepta. Et licet Faber. 3. *conject.* 7. Prisciani Manes advocet, non est tamen a ratione alienum.

II. Eam stipulationem, quam Cato supra appellatet *iter fieri*, hic planius exponit *Per te non fieri*, *quo minus mihi ire agere liceat*, ut propterea longe aberrent a vero Alciatus, aliique, qui Catonem de pluribus diversisque stipulationibus locutum existimant, ut recte a Zasio animadversum est.

III. In aliquibus libris hæc ultima verba planius legi, adjecta heredis mentione, ita: *Per te non fieri*, *neque per heredem tuum*, *&c.* ut etiam exprimitur in *l.* 2. §. *si in facto*, *l. in executione*, §. *quod si stipulatus*, *ff. eod.* *l. heredes*, §. *in illa*, *ff. fam. ercisc.* Aliquando vero heredis mentio non habetur, *l. stipulatus*, *ff. eod.* Et communis Doctorum consensus est, hæc nihil inter se differre, quia stipulatio *per te non fieri* obligat etiam heredem promissoris, tanquam si heredis mentio injecta esset, *l. stipulatio ista in princ. ff. eod.* inde est, quod Cato in nostro §. *in princ.* satis existimavit, eam stipulationem genera-

tim

tim proponere, *Iter fieri*, vel *Non fieri*; quia nempe nihil interest, utrum deinde addatur, *per te*, an potius, *per te*, *heredemque tuum*; semper enim eadem Catonis ratio locum habet.

Ex quibus manifeste rejicitur commentum Antonii Fabri *loc. cit.* dum inquit, in stipulatione, *Per te heredemque tuum*, uno ex heredibus peccante, omnes peccasse intelligi, tam in quantum ad rem ipsam individuam, quam in quantum ad pœnam: at in illa *Per te*, omnes peccare in quantum ad id, quod interest, non in quantum ad pœnam. Quæ doctrina est contra nostrum textum, ubi in fine in Pandectis Florentinis legitur simpliciter, *Per te non fieri*, *quo minus*, ut etiam legit Faber ipse; & nihilominus Cato ait, uno ex heredibus peccante, omnes pœnam committere.

Supplementum, *seu Nota Pauli*.

HAbetur hæc in §. *sed videamus*, in quo exponendo mire variatum est a Doctoribus. ob illa verba: *Sed videamus*, *ne non idem hic sit*, *sed magis idem*, *quod in illa stipulatione*, *Titium heredemque ejus*, *ratum habiturum*. Difficultas oritur ex articulo *Hic*, cuinam referatur. Taurellus refert ad stipulationem doli mali, de qua in initio nostræ *l. 4.* ita ut hic corrigatur, quod ibi dictum est, stipulationem doli mali esse individuam, de qua re infra in *Controversiis*, Faber cum nonnullis Antiquis, ad stipulationem Iter fieri. Accursius ad stipulationem Amplius non agi; quod verum est.

Et ita sensus est planissimus. Dixerat enim Cato causam, unde sit, quod in stipulatione Iter fieri uno herede peccante, omnes pœnam luant; non dixerat, cur contrarium sit in stipulatione Amplius non agi. Propterea Paulus ait: *Videamus ne non idem hic sit*; nempe an quod Cato de stipulatione Iter fieri dicit, an inquam id ipsum locum habeat in altera stipulatione modo proposita, Amplius non agi. Et sibi respondet, negando: *Sed magis idem*, *quod in illa stipulatione*, *Titium*, *heredemque ejus ratum habiturum*. Sensus est: In stipulatione Amplius non agi, magis, idest, potius idem est, quod observatur in stipulatione Rati. Ubi Paulus per particulam *Magis*, quæ interpretanda est *Potius*, duo dicit, unum tacite, alterum expresse. Tacite, in stipulatione Amplius non agi non esse idem, quod in stipulatione Iter fieri. Expresse, idem esse, quod in stipulatione Rati.

Ex quibus, quod ad verba attinet, plura colliguntur. I. Notam interrogationis non esse apponendam in fine periodi, seu post *Habiturum*, ut vulgo fit, sed adscribi debere post prima illa verba: *Sed videamus*, *ne non idem hic sit?* In his enim Paulus interrogat: tum respondet, dicendos *Sed magis idem*, scilicet, *est*.

II. Perverse post totam prædictam periodum adjecta esse verba illa: *Et Paulus respondit*, *idem esse*, quæ est protestatio post factum; nam jam responderat, nunc dicit se respondere: quod est ridiculum; quare recte a Pandectis Florentinis absunt. Eo magis, quod in libris Commentariorum, ut sunt Pauli *ad Sabinum*, non convenit clausula illa, *Respondi*, vel *Respondit*, quæ propria est in Responsis, vel Quæstionibus.

Comparat ergo Paulus has stipulationes non peti, & Rem ratam haberi. Et merito; nam qui ratum habet, amplius petere nequit; & qui promittit, amplius non petere, utique ratum & habet. Quare in formula Amplius non petendi, inest clausula de Rato, *l. procurator* 23. *ff. rem rat. hab.* Et id in causa est, cur sub *tit. ff. rem rat. hab* agatur etiam de stipulatione Amplius non peti, vel non agi, *l. si quis uni*, *cum l. sequ. illo tit.*

Hanc stipulationem Rati prosequitur deinde Paulus, statuitque eam per omnia esse individuam, tam in quantum ad heredes Promissoris, quam respectu heredum Stipulatoris, etsi poenam adjectam habeat. Quocirca ille solus ex heredibus Promissoris tenetur, qui ratum non habuit; & ille solus ex heredibus Stipulatoris aget, a quo petitum est. Unde colligere licet, id ipsum esse de stipulatione Amplius non peti, nempe solum eum heredem obligari, qui petiit, & solum agere ad pœnam eum, a quo petitum est, ut ex Marcello hic Paulus tradit.

Neque obstat, quod poena individua sit etiam in heredibus, *l. heredes*, §. *idem Juris*, *ff. fam. ercisc.* Nam id intelligitur de poena in Dando, non in Faciendo, ut jam Paulo ante diximus.

Hæc in heredibus vera sunt, non in ipso Promissore, qui si pro parte ratum non habeat, quod se ratum habiturum spopondit, totam pœnam committet, ut in nostro §. *sed*

sed videamus. Neque id in jure novum est; nam legatarius partem legati agnoscere non potest, partem repudiare: at heredum ejus unus partem suam agnoscere potest, alter repudiare, *l. legatarius*, *in princ. ff. de leg.* 1. Ita quoque heredes debitoris possunt pecuniam solvere per partes, debitor ipse non potest, *l. tutor*, §. *Lucius*, *ff. de usuris*, & latius dictum est supra. Et ita in similibus discurrere opus est: licet enim heredes Depositarii quantitatem depositam solvere particulatim possint; id tamen denegatur ipsi Depositario, qui ut totum semel accepit, ita totum semel restituere debet, ut jam antea monuimus.

Ceterum si non ipse Dominus, sed ipsius Procurator, Dominum rem ratam habiturum promiserit, licitum sit Domino pro parte ratum habere, ut cui licitum etiam hoc casu est, nihil ratum habere, *l. cum Debitore*, *l. si Procurator* 18. *ff. rem rat. hab.* Cujacius *in l.* 2. *ff. eod.* Valentia *d. cap.* 6. *num.* 24.

Et de his hactenus. Illud proximum est, ut circa nostrum §. *Cato* nonnullas controversias breviter explanemus.

Controversiæ circa Regulam Individui a Catone traditam.

1 Quæstio est, an stipulationes Prætoriæ omnes dividuæ sint, ita ut in nulla ipsarum regula individui locum habeat. Et quidem Bartolus hic existimat, in Prætoriis stipulationibus, quoniam in eis æquitas præsertim attenditur, etiamsi de rebus individuis sint, pœnam non nisi adversus eum, qui contra fecerit, pro rata portione committi, ne qui innocens est, delinquentis pœnam luat. Sequitur Zasius hic *n.* 71. post alios Fachiu. 10. *controv.* 58.

Hujus sententiæ argumentum desumitur ex *l. pœnales*, §. *Julianus*, *ff. ad legem Falcidiam*, ubi *omnes Prætoriæ stipulationes ejusdem interpretationis esse dicuntur*, id est, dividuæ, ut sunt satisdatio legatarii de restituendo legato, aut partem ejus, apparuerit plus ei legatum, quam per legem Falcidiam licuerit, & cautio judicatum solvi: quæ sunt exempla ibi a Juliano adducta.

Verius tamen est, stipulationes Prætorias in duplici genere esse, alias dividuas, individuas alias, prout scilicet res est, de qua agitur, Alciatus in *schol. ad d.* §. *Cato*, *num.* 25. & *seqq.* Cujacius in *l* 2. *ff. eod.* & alii multi, quos sequitur Merenda 8. *contr.* 18. & *seq.*

Et hujus rei probatio apertissima est in *l.* 2. *ff. de Prætor. stipul.* ubi Paulus Prætorias stipulationes partitur in eas, quæ rei restitutionem, seu in pristinum statum restaurationem continent, & in eas, quæ incertam quantitatem amplectuntur, idest, in quibus inest clausula, *Quanti ea res est*, *tantam pecuniam dari*. Et subdit, stipulationem rem restitui, seu opus demoliri in novi operis nunciatione esse individuam. Cujus rei rationem Paulus affert, in hæc verba: *Quamdiu enim aliquid superest*, *tamdiu non potest videri opus restitutum*. Stipulationem vero, quæ incertam quantitatem continet, ait esse dividuam, & scindi in personas heredum, ut stipulationem judicatum solvi, rem ratam Dominum habiturum, damni infecti, & his similes: hoc enim facere verba stipulationis, *Quanti ea res est*.

Quod attinet ad textum in *d. l. pœnales* §. *Julianus*, recte docet Alciatus ibi a Juliano non agi de dividuis, quæ tractatio proprie locum habet in obligatione cœpta a Defuncto, & ab eo in heredes transfusa, ut sæpe dictum est; sed simpliciter ostendi, in stipulationibus Prætoriis cautionem uni heredi præstitam, alteri non prodesse, quamvis causa communis sit, quoties scilicet heres ut principalis attenditur. Id exempla Jurisconsulti palam ostendunt. Si legatarii uni ex heredibus præstanti solida legata, caverint ob legem Falcidiam, cautio hæc alteri heredi non prodest. Ita etiam, si uni ex heredibus præstetur cautio judicatum solvi, hæc coheredibus in eadem lite non juvat. Ita etiam explicant Aretinus, & Jason hic: imo Veteres omnes ante Bartolum.

Nec quidquam nos moveat ratio ab æquitate Prætoria, quam ingerit Bartolus; nam regula Catonis æquitati non repugnat. Quamvis enim in re individua alter pro altero teneatur, tamen innocenti consulitur judicio familiæ erciscundæ; quocirca nullus amplius locus Prætori relinquitur, qui tunc æquitatem suam interponit, cum nullum de jure civili remedium promtum est, ut patet in Pauliana, Publiciana, ceterisque Prætoriis actionibus.

Lælius Taurellus voluit, stipulationem Prætoriam de dolo esse dividuam, ita ut initium *l.* 4. *ff. eod.* ubi individua ex Sabino, proponitur, contendat corrigi a Paulo in §. *sed videamus* ejusdem legis. Id probat ex

eo, quod Cautio de dolo est ad quanti ea res est, *l.stipulatio ista*, § *si quis dolum*, *ff.eod.* Et cautiones quanti ea res est, omnes sunt dividuæ, *l.2.§.incertam*, *ff.de Prætor.stipulat.* Ergo etiam Cautio de dolo.

Distinguimus assumtionem. Nempe stipulationes prætoriæ ad quanti ea res, sunt dividuæ; & de his agitur in *d.* §. *incertam*: non etiam aliæ, aut conventionales, aut judiciales; nam stipulatio de dolo Judicis officio interponitur, *l. stipulationes*, §. *Judiciales*, *ff. eod.* Proinde licet ad quantitatem incertam, potest esse individua. Quod apertissime ostenditur ex *l. ex clausula*, *ff. judic. solvi*, ubi in cautione judicatum solvi, ex clausula doli mali ob rem non defensam, in solidum committitur stipulatio.

II. Quæstio est, an de Jure Pontificio in rebus individuis pœna committatur in totum, an pro parte. Et pro parte tantum committi, tradit Bartolus, quem Alexander, Zasius, & alii sequuntur. Id ipsum volunt communiter Canonistæ in *cap. suam*, *de pœnis*. A qua sententia recedendum non esse, ait Genuens. *in Practicab. Eccles. quæst.*685. *& seq.* Et moventur ex *d. cap. suam*.

Quod tamen nihil facit ad rem; nam I. Ibi sermo non est de heredibus, in quibus proprie attenduntur dividua, sed de ipsis reis, qui sententiæ Arbitri pro parte paruerunt, & tamen pœnam non commiserunt: quare hæc restrictio non pertinet ad nostrum §. *Cato*, sed ad *l.* 5. §. *fin. ff. eod.* II. Quia ibi vetat Summus Pontifex ulla ex parte pœnam exigi: quare plus probat, quam volunt Doctores; ideoque nihil probat. III. Quia ibi specialis casus est, cum nempe Episcopus esset, qui pœnam petit, cui indecens est, ut lucro inhiet, ut ibi Summus Pontifex ait: quocirca non est ille textus ad alios casus extendendus.

Stet ergo, Jus Pontificium hic a Jure Romano non discordare; quoties enim Jus Civile non est expresse ab aliquo Canone correctum, toties illi in utroque foro standum est, *cap. novit.*, *de judic. cap.* 1. *& ult. de nov. oper. nunciat.* Non enim Canones dedignantur Jura sequi. Quam regulam Græci etiam Canonistæ tradunt. Theodorus Balsamo in *Nomocan. Photii tit.* 1. *cap.* 28. *in fine* ἔνθα μὲν γὰρ οὐδέν τι οἱ κανόνες διορίζονται, ὀφείλομεν τοῖς νόμοις ἀκολουθεῖν, ἢ ἐκ τῶν ὁμοίων τέμνειν τὰ ὅμοια: *Ubi enim Canones nihil determinant, sequi debemus Leges, vel similia ex similibus decidere.* Jam Civile Jus in regula de Individuis nusquam est a Jure Pontificio correctum; cur ergo stare prohibetur? imo in *cap. dilecti de arbitr.* & in *cap. constitutus*, *de pœnis*, expresse commissio pœnæ conventionalis admittitur & probatur. Vulgo tamen in foro pœna conventionalis non exigitur, nisi concurrat cum eo, quod interest; Afflict. *dec.* 135. ubi Ursillus, Faber in *Cod.def.* 9. *&* 14. *hoc tit.* Leotardus *de Usuris qu.* 38. *num.* 8.

CAPUT IV.

De Dividuis petitione, Individuis solutione.

HUjus conditionis sunt, quæ a pluribus Creditoris heredibus petuntur pro parte, at nequeunt a debitore solvi, nisi pro solido: & Creditor contra plures debitoris heredes non agit, nisi pro parte, sed liberatio non contingit nisi solido soluto. Ita est de obligatione generis, & de obligatione alterna. Itaque sit.

De Genere.

GEnus in Jure nostro est, quod plura corpora generali quadam ratione complectitur, veluti Homo est genus singulorum hominum; & dicitur incertus homo in *l. cum incertus*, *ff. de leg.* 1. *l. Julianus*, *ff. qui & a quibus*: ita etiam æquus, vas, & his similia. Generis stipulatio duobus modis fit, vel *Promittis hominem?* vel *duos homines?* Utroque casu genus est, & divisio fit non in partes, sed in numerum: nam si qui duos homines stipulatus est, decedens duos heredes æquis partibus relinquat, singuli homines singulis ejus heredibus debentur, *l. in stipulationibus*, *in princ. ff. eod.*

Non ita est, si decesserit, qui stipulatus est duas species, veluti Stichum, & Pamphilum; nam non alteri heredum Stichus, alteri Pamphilus præstabitur (quæ esset divisio in numerum) sed utrique heredum dimidia pars Stichi, dimidia Pamphilo debetur, cum species quæque dividatur in partes pro indiviso, *d. l. in stipulationibus*, ubi Cujacius.

Objicies ex *l. cum Stichus*, *ff. de solut.* ubi si communi duorum servo homines decem (quod est genus) promissi sint, Ulpianus ait, ita dividi, ut dimidiæ singulorum partes debeantur, tanquam si communi servo Stichus, & Pamphilus promissi essent.

Difficultate pressi Cujacius, Donellus, Charon-

rondas, varie textum emendant. Alii varie explicant, de quibus vide Valentiam *tract.* 4. *cap.* 3. *a n.* 39. *ad* 53. Breviter tamen dicendum est, Ulpianum capi oportere de eo casu, quo inter contrahentes id actum est, ut nomine *Decem* corpora comprehenderent, non numerum. Id demonstrat ipse Ulpianus, cum ait: *Nam ambigua vox est decem homines, quemadmodum decem denarii: atque utriusque rei dimidium duobus modis intelligi potest*. Dicit, *decem homines* esse vocem ambiguam, quia & corpora signant, & numerum. Si ergo denotat corpora, divisio fiet in partes; si numerum, fiet in numerum divisio. Propterea subdit, dimidium hic duobus modis posse intelligi. In dubio tamen semper divisio instituenda est in numerum, ut tandem ibidem Ulpianus concludit: quidquid repugnet Donellus in *d. l. in stipulationibus*, *n.* 23.

At si dicatur, *Promitto decem servus, qui ruri sunt; centum nummos, quos in area habeo*, tunc non genus, sed species promissa dicitur, *l. sed si certos*, *ff. de leg.* 1.

Ex his fit, Genus natura sua dividuum esse, in numerum scilicet, sed nisi solida numero species præstetur, stipulationi satis non fit, & parte soluta volenti, pro parte non contingit liberatio. Exempli gratia, promisi tibi hominem, & Stichi partem solvi, constituendo te dominum pro indiviso una mecum, nihil egi, quia debitor sum numeri, & non partis, & adhuc ipse possum a te conveniri, ut integrum hominem præstem, *l.* 2. §. *& harum*, *ff. eod.*

Pars vero Stichi soluta repeti a me potest condictione indebiti. Petit Cujacius in *d.* §. *& harum*, *utrum statim, an alio demum homine soluto*. Et respondet: *Verius est in pendenti esse condictionem*. Idem ait Bartolus. Quod contrarium esse videtur dicto §. *& harum*. cujus verba sunt: *Sed aut statim repeti potest. aut in pendenti est, donec alius detur*. Hæc tamen verba ita capiendi sunt, ut prior pars sententiæ Pauli, *Aut statim repeti potest*, corrigatur per posteriorem, *Aut in pendenti est*. Quod interdum Jurisconsulti faciunt, ut patet ex *l. Debitori*, alias *si Debitori*, *ff. de Fidejuss.* Ceterum verba Pauli ita capienda esse, constat ex *l. si non sortem*, §. *si decem*, ubi Faber, *ff. de condict. indeb.*

Itaque homine generaliter promisso, aut legato, omnes species sunt in electione, quia sub genere quælibet species est; ita tamen, ut necesse habeat unum hominem dare ex solido: nam si dederit Stichum, jam est in totum liberatus, & perinde est, ac si Stichus a principio fuisset promissus aut legatus; quia solutione speciei extinguitur obligatio generis, *l. cum incertus*, *ff. de leg.* 1. *l.* 13. §. *si is*, *ff. de acceptilat.*

Cum vero pro solutione generis datur Stichus, promissor, aut heres, eum furtis & noxiis solutum esse promittere debet: quia ita dare debet, ut eum habere liceat; quamvis e diverso cavere non debet sanum esse, quia sanitas servi ad proprietatem ejus nihil pertinet. Aliud est, cum certus homo legatus, aut promissus est; quia talis dari debet, qualis est, *l. si a substituto*, §. 1. *ff. de leg.* 1.

Quæres, cur partem Stichi solvendo, non liberor in parte. Respondet Paulus in *l. in executione*, §. *pro parte*, *ff. eod.* Nempe quia si parte Stichi præstita, liberatio fieret pro parte, liceret mihi deinde partem Erotis pro alia parte solvere, & in totum liberari: atque ita in diversis hominibus partium solutio fiet; & in una obligatione varia solutio contingeret, quod est absurdum. Vel etiam quia qui debet genus, non est debitor partis, sed numeri, ut diximus.

Hæc quæ diximus in promissore, eadem locum habent in heredibus promissoris, *d. l.* 2. §. *ex his*, *in princ. ff. eod.* Quamvis enim obligatio generis sit dividua in numerum, & inde inter heredes promissoris ex lege XII. Tabularum dividatur, ita ut quisque heres pro parte tantum obligatus sit, & stipulator nequeat a quoque ipsorum nisi partem petere; tamen si in specie nostra unus ex heredibus partem Stichi solvat, alter partem Erotis, nemo liberatur; & ut liberatio contingat, necesse est, ut ejusdem hominis partes conferant, & fiat solutio solidi. Et ita ex persona heredum conditio obligationis non immutatur, ut habetur in *dict. l.* 2. §. *ex his*.

Sunt tamen casus, in quibus promissor generis, vel ejus heredes solvendo partem hominis liberantur. Hi proponuntur in *d. l.* 2. §. *si tamen*, qui obscure satis loquitur, ut in eo interpretando vate opus sit, *ut ibidem* Zasius ait, Verba Pauli sunt: *Si tamen hominem stipulatus, cum uno ex heredibus promissoris egero, pars duntaxat ceterorum obligationi superterit, ut & solvi potest. Idemque est, et si*

uni ex heredibus accepto latum sit. Idemque est in ipso Promissore, & Fidejussoribus ejus, quod diximus in heredibus.

Quod attinet ad primam partem, Bartolus opinatus est, agi de eo, qui contra unum ex heredibus Promissoris in judicio egit, petens partem hominis, & tamen causa cecidit: quo casu pro parte heredis, qui absolutus est, liberatio contingit; at reliquorum heredum partes remanent in obligatione. Bartolum sequuntur *ibidem* Jason, Duarenus, Cujacius, Giphanius, Valentia hic *tract.* 4. *cap.* 5. *n.* 31.

Hanc interpretationem ab ipso verborum contextu alienam esse, notat Alciatus 1. *parad.* 8. Nam Paulus ait *Egero*, non etiam *Succubuero*. Qui juste agit, vincit. Et melius Accursius interpretatur, *Egero, & partem accepero*: etenim si succubui agens cum uno ex heredibus, cur deinde vinco agens cum ceteris? Itaque species hæc erit. Egi cum uno ex heredibus promissoris, & petii ex stipulatione generis hominem. Condemnatus est heres, & partem Stichi solvit. In dubio erat, an heres iste liberatus sit. Videbatur negandum ex regula: Si unus ex heredibus ejus, qui genus promisit, solvat Stichi partem, non liberatur, sed vel condicit, vel in pendenti solutio est, ut jam dictum est. Contra tamen Paulus ait, hoc casu heredem condemnatum liberari; quoniam ei, qui jussu Judicis solvit, plenissima contingit liberatio, *l. sancimus, C. de admin. tutor.* Hinc, eo liberato, pars duntaxat ceterorum obligationi supererit; & solutio non est in pendenti.

Altera §. pars hanc speciem habet ex Cujacio *ibidem*. Stipulator uni ex heredibus debitoris generis accepto tulit partem dimidiam Stichi, heres pro parte liberatur, argumento ex *l. qui hominem, ff. de acceptilat.* Ratio est, quia hic verendum non est, ne in diversis hominibus solutio fiat, ideoque pro parte liberatio contingit, & licebit coheredibus solvere vel alteram partem Stichi, vel partem Erotis.

Addit postremo Paulus, quæ dicta sunt de heredibus promissoris, obtinere etiam in promissore ipso: obtinere etiam in fidejussoribus ejusdem; quia licet in obligatione dividua teneantur pro parte ex Epistola D. Hadriani; tamen in individua singuli teneantur in solidum, Cujacius *loc. cit.*

De Alternis, seu Disjunctis.

ETsi obligatio alterna oriatur ex particulis *Vel, Sive, Aut*; id tamen satis non est, sed præterea exigitur, ut sit de rebus, in quas cadit affectio, ut dubium sit, quidnam promissor electurus sit. Nam si stipulatio concipiatur de quantitate, & tempore, non alterna est, sed simplex. Et quidem in quantitate, id quod minus est sponderi videtur; ut si stipulanti decem aut quinque, respondeam simpliciter, *Spondeo*, quinque sola debentur. In tempore id, quod remotius est, accipimus; ut si quis stipuletur Kal. Jan. aut Febr. Ratio est, quia in summis, in diebus, non cadit affectio. & in his ignorari non potest, quidnam electurus sit Promissor, id est, in quantitate id quod minus, in tempore id quod remotius. In rebus ceteris non ita est, & una altera charior esse potest: & sæpe quod vilius est, nobis charius est, quam alterum quod plurimi est, *l. si ita stipulatus fuero, l. inter stipulantem, §. si stipulante, ff. eodem.*

Id ipsum est in dote, ut si mulier ita dotem promittat, *Decem aut quinque doti tibi erunt*, id quod minus est, intelligitur promissum, Glos. in *l. si pater, §. 1. v. In dote sit, ff. de jure dot.* per illum textum. Sequuntur Romanus, Alexander, Aretinus in *d. l. si ita stipulatus fuero*; quamvis *ibidem* repugnet Zasius cum Fulgosio in *l. cum is, §. si mulier, ff. de condict. indeb.* & Baldo Novello *de privil. dotal.*

Est ergo obligatio vere alterna, si quis Stichum aut Pamphilum, vel si quis decem, aut hominem stipulanti promiserit: & hæc obligationi generis æquiparatur, *l. 2. §. & harum, l. in executione, §. pro parte, ff. eod.* Quare quæcumque hactenus de obligatione generis dicta sunt, obtinent & in obligatione alterna.

Nam obligatio alterna per se dividua est; tamen ne in diversis rerum partibus solutio fiat, censetur obligatio solutione individua, quamvis petitione dividua remaneat; ut est in obligatione generis, *d. §. pro parte.*

Ex solutione alterutrius rei pro solido extinguitur obligatio alterna. Quod si pars unius rei soluta sit; vel est in pendenti, donec altera pars præstetur, quo casu perit conditio; vel donec fiat alterius rei solutio, & tunc habet locum condictio, *d. l. si non sortem,*

tem, §. *si decem*, *ff. de condict. indeb.*

Sic qui hominem, aut decem stipulatus est, si quinque accepto tulerit, debitor pro parte liberatur; quia non est periculum, ne una obligatio in diversis rebus solvatur: quare Creditor petere quinque, aut partem hominis potest, *l. qui hominem*, *ff. de acceptilat.* ut est in obligatione generis, *d. l.* 2. §. *si tamen*.

Hæc quæ de stipulatione diximus, obtinent etiam in legato; nam legatum *illud aut illud* est individuum, *l. si illud*, *ff. de leg.* 2. *l. cum illud*, *in princ. ff. quando dies legat. cedat.*

Plura tamen obstare videntur. I. *L. si quis servum*, §. 1. *ff. de leg.* 2. Nam si legavi Sempronio decem, aut si noluerit, legavi Stichum, duo legata esse dicuntur, quamvis uno tantum legatarius debeat esse contentus.

At recte *ibidem* Accursius respondet, hunc esse casum specialem; ob illa verba, *Si noluerit*; nam Stichus peti non potest antequam repudientur decem. Unde dies decem prius cedit, quam dies Stichi; id est prius est, ut repudientur decem, deinde ut petatur Stichus. Quod non est in legato *illud aut illud* sine verbis, *Si noluerit*; ubi licitum sit legatario statim eligere, quod malit: propterea eodem simul tempore cedit dies utriusque rei, & unum legatum est: illud vero plura. Prior pars est sub conditione, posterior pura. Quare vide *l. cum illud*, *in princ. ff. quand. dies legat. cedat.* Verum hic conditio, *Si noluerit*, non potest cadere in utramque partem legati: at illic conditio, *Si navis venerit*, potest.

II. Obstare videtur *l. plane ubi*, §. *pen. ff. de leg.* 1. Nam in hac specie *Fundum Sejanum*, *aut usumfructum ejus do lego*, duo dicuntur esse legata. Verum hic etiam casus specialis est, ut Cujacius in *l. si ex toto*, §. *si ita*, *ff. de leg.* 1. notat. Scilicet ideo duo legata sunt, quia ususfructus bis legatus est; cum enim quis legat simpliciter fundum, videtur legasse plenum Jus, seu quidquid in fundo est, proprietatem & usumfructum, *l. cum Mævius*, §. *fundo*, *l. cum filius*, §. *Dominus*, *ff. de leg.* 2. Nam ususfructus est veluti pars fundi, *l. qui usumfructum*, *ff. eod. l. si alii fundum*, *ff. de usufr. leg.* Dies fundi statim cedit, dies ususfructus ab adita hereditate, vide in *l. si ususfructus*, *ff. quando dies legat. cedat.*

Ex eo quod legatum alternum individuum est, plura deducuntur notatu digna. I. Si ita legatum sit, *Olei pondo quinquaginta*, *aut pro his in singulas libras tot nummos*, *utrum legatarius voluerit*, nequibit legatarius partem olei vindicare, & pro alia parte nummos petere; quia unum in alterutra causa legatum est, *d. l. si ex toto*, §. *si ita*, & fieret solutio unius obligationis in rebus diversis.

II. Si Testator partim leget pure, partim sub conditione, individuum quoque legatum est, veluti, *Do lego Fundum Sempronianum*, *aut Fundum Cornelianum*, *si navis venerit*. Et quia legati unius individui dies pro parte cedere, & pro parte non cedere non potest, inde fit ut pendente conditione non concedatur electio, nec etiam fundi pure legati. Quod si legatarius interim moriatur, legatum non transmittitur, *d. l. cum illud*, *in princ. ff. quando dies legat. cedat.*

III. Si conditio evanescat vivo legatario, tunc quia totum legatum fit purum, moriente legatario, legatum transmittitur. Exemplum esto: *Do lego Sejæ decem*, *aut si pepererit*, *do lego fundum*; si Seja, antequam pariat, decesserit, legatum transmittitur, tanquam purum. Ratio est, quia cum Seja moritur, certum est eam parere non posse. Evanescet ergo conditio per mortem Sejæ, & totum legatum fit purum, ut Azo ait in *l. si ususfructus*, *in princ. ff. quando dies legat. cedat*, ex eo textu.

IV. Si ususfructus aut decem legata sint, utrum legatarius voluerit, & legatarius post obitum testatoris, sed ante aditionem heredis decedat, dubitatum est, an legatum decem transferatur. Ratio dubitandi est, quia licet legati decem dies cedat a morte testatoris, tamen legati ususfructus dies non cedit, nisi ab adita hereditate, ut etiam est in ceteris servitutibus personalibus, *l. si pure*, *l. si habitatio*, *ff. cit. tit. l. unic.* §. *in novissimo*, *C. de caduc. toll.* Propterea unio facit, ne dies quidem legati decem cedat. Respondit tamen Julianus in *d. l. si ususfructus*, legatum per mortem legatarii ante aditam hereditatem transmitti; scilicet quia per mortem legatarii ususfructus amplius peti non potest; & ea propter totum legatum fit purum, & transmittitur in quantum ad decem. Ita etiam in conditionibus, si alternæ sint, pro una habentur, *l. hæc scriptura*, *ff. de condit. & demonstr.*

Dis-

Differentia inter obligationem Generis, & Alternam.

QUamquam in Jure nostro hæ obligationes æquiparentur, id non per omnia intelligendum est; nihil enim tam simile, quod in aliquo dissimile non sit, *l. quod Nerva*, *ff. depos.* Sunt nonnullæ differentiæ, quas hic recensere operæ pretium est.

I. Est, quia in obligatione alterna utrumque est in obligatione expressis Stipulantis, aut Legantis verbis, licet alterum in solutione sit. Id palam habetur ex *l. si duo*, *ff. eod.* ubi Paulus comparat obligationem duorum reorum obligationi alternæ, docetque non minus, quam ibi singulas personas, hic singulas res obligatione comprehendi. Verba ipsius sunt: *Utraque res ad obligationem ponitur*, non ad solutionem. Nec audiendus est Donellus *ibidem*, qui illud *Utraque* intelligit non simul, sed alterne; quod Linguæ Latinæ proprietas non patitur: staret enim *Utraque* pro *Alterutra*. Concordat textus in *l. illud aut illud*, *ff. de constit. pecun. l. cum hereditas*, §. *ult. ff. qui & a quibus*, *l. hominem*, *ff. de novat. l. Stichum in princ. ff. de solut.*

At vero in obligatione Generis veniunt quidem singulæ species, quæ in eo genere comprehenduntur; nam quisquis genus dicit, quidquid sub eo genere est, dicit, ut ex ipsa generis legalis definitione constat. Itaque qui hominem dicit, singulos homines, qui sub eo genere sunt, comprehendit, Cujacius in *l. in stipulationibus*, *ff. eod.* Tamen sub obligatione generis non veniunt singuli homines expressis Stipulantis aut Legantis Verbis, ut colligitur ex *l. si a substituto*, §. 1. *l. cum incertum*, *ff. de leg.* 1. cum similibus. Magis ergo afficit obligatio alterna suas species, quam genus suas.

Difficultatem facit quod habetur in *l.* 3. *ff. qui & a quib. manum. lib. non fiant*, ibi: *Nam optione sive electione servi data, quodammodo singuli sub conditione legati videntur.* Quæ verba licet de legato optionis videantur pronunciata, sunt tamen de legato generis intelligenda, ut constat ex initio legis, ubi habetur; *Si optio hominis data sit, vel indistincte homo legatus sit*: propterea quod in legato generis electio & optio etiam legatarii est, nisi testator in contrarium mandaverit, §. *si generaliter*, *Instit. de legatis*. Eo magis, quod illis verbis, *Nam optione*, *&c.* Cajus reddit rationem, cur facto tam legato optionis, quam generis, heres non possit, quosdam servos vel omnes manumittendo, aut evertere, aut minuere Jus electionis; & ait, id factum esse, quia singuli quodammodo homines sunt sub conditione legati. Quocirca ubi electio est Debitoris, ut in contractibus, in obligatione generis manumissio aliquorum ex servis licita est, *l. Julianus*, *ff. cit. tit.*

Est tamen dicendum, ex hoc textu confirmari nostram sententiam; tantum abest, ut infirmetur; non enim negamus in genere comprehendi singulas species; neque hoc negari potest. Dicimus solum, non comprehendi expressis verbis, ut in obligatione alterna. Notandum interim eum Valentia *tract.* 4. *cap.* 5. *num.* 2. illud *Quodammodo* non afficere singulos, sed conditionem.

Eodem modo respondendum est ad textum in *l. Mævius*, §. *eadem*, *ff. de leg.* 2. ibi: *Hominis enim legatum orationis compendio singulos homines continet.* Verum de hoc textu quid statuendum sit, infra latius.

Ex hac differentia fit, quod in stipulatione alterna, pacto convento de una re non petenda interposito, tota obligatio submovetur. Exempli gratia: stipulatus sum decem, aut Stichum, deinde de decem non petendis paciscor; si mox agam, exceptio pacti in totum obstabit, *l. si unus*, §. *sed si stipulatus*, *ff. de pactis*. Sed si hominem generatim debeas, & paciscar ne Stichum petam, non prohibeor alium hominem petere, *d. l. si unus*, §. *sed si generaliter*. Ratio pendet ex eo, quod in obligatione alterna utraque res promissa est in obligatione, at non ita in obligatione generis, Valentia *loc. cit. num.* 8. *& seq.*

Eadem de causa fit, ut in obligatione alterna si heredem testator damnaverit, Stichum non petere, a tota obligatione liberatio debitori legata intelligitur, *l. non solum*, §. 1. *ff. de liber. leg.* At vero qui hominem legat, & Stichum adimit, non perimit legatum, sed extenuat, *l. qui hominem*, *ff. de adim. legat.*

Non ita in acceptilatione; quippe acceptilatione Stichi omnis quæcunque obligatio, sive generis, sive alterna, nullo discrimine extinguitur, *d. l. si unus*, §. *sed si stipulatus*, *d. l. non solum*, §. 1. *l. & per jusjurandum*, §. *si is*,

si is, *ff. de acceptil.* Nempe quia acceptilatio imaginaria solutio est, *l. pen ff. de solut.* Idque verum est, quando acceptilatio consistit: Unde *si Stichum aut decem sub conditione stipulatus, Stichum aut decem acceptum fecerit, & pendente conditione Stichus decesserit, decem in obligatione manebunt; perinde ac si ea acceptilatio interposita non fuisset*, ut sunt verba Ulpiani in *d. l. & per jusjurandum*, §. *si Stichum*. Ratio est, quia Sticho ante conditionis eventum mortuo, stipulatio ex alterna fit simplex, quippe Stichus nunquam in obligatione fuit: proinde acceptilatio Stichi aut decem, quia est alterna, nullius momenti est: quippe acceptilatio alterna in obligatione simplici locum habere non potest. Et hæc est vera hujus rei ratio, non quam Accursius *ibidem* retulit, & Doctores communiter amplectuntur.

Cum dicimus, in obligatione alterna species nominatim comprehendi, verum est, si obligatio alterna cum genere mista non sit; potest enim in obligatione alterna genus comprehendi, veluti si dictum sit: *Promittis decem, aut hominem?* ut in *l. cum is*, §. *ult. ff. de cond. indeb.* de qua latius infra.

II. Differentia est: Si stipuler alternatim Stichum aut Pamphilum, & Stichus meus sit, solus Pamphilus est in obligatione, Stichus nec in obligatione, nec in solutione; ut jam non alternata stipulatio esse intelligatur, sed simplex: nec convalescit stipulatio Stichi, eo postea a me alienato, ut Regula Catoniana non in unis modo legatis, sed & in stipulationibus locum habeat, *l. qui decem*, §. *Stichum, ff. de solut.* Quod si ambo alieni sint, uterque est in obligatione: verum si Stichus postea meus fiat, in Sticho obligatio extinguitur, quia in eum casum stipulatio recidit, a quo incipere non poterat, in Pamphilo manet, *l. si Stichum* 16. *ff. eod. l. non quocunque*, §. *ult. l. hujusmodi*, §. *si Titio Stichus, ff. de leg.* 1.

Sed cur hic non tota intercidit obligatio, cum amplius alterna non sit, ut tota intercidit, ubi de una re non petenda pactum conventum est? Nempe quia hic recurritur ad initium, tanquam si ab initio Stichus fuisset meus: Regula enim ita concepta est: Extinguitur obligatio, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, *l. si pluribus*, §. *ult. ff. eod.* Habetur ergo perinde, ac si a principio simplex obligatio fuisset, non alterna.

Valde tamen dubium est, an id ipsum locum habeat in obligatione generis. Finge, hominem a te mihi dari stipulatus sum, vel mihi legatus est homo, quo tempore Pamphilus erat meus; deinde eundem tibi vendidi, an recte is idem a te mihi solvi potest? Papinianus in *d. l. Mævius*, §. *duobus, cum seq. ff. de leg.* 2. tam in legato, quam in stipulatione negat, solutionem recte fieri, ea ratione, quia hominis legatum orationis compendio singulos homines continet, additque idem esse, si post legatum vel stipulationem Pamphilus meus esse cœperit, quamvis solutionis tempore meus esse desierit.

Quæ sententia manifestam rationem habet. Ei tamen contradicit Marcellus in *d. l. qui decem*, §. *Stichum, ff. de solut.* qui cum dixisset, in stipulatione alterna Stichi, aut Pamphili non consistere solutionem in Pamphilo, si is tempore stipulationis meus erat, hæc addit: *Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, unum etiam ex iis, qui tunc stipulatori servi erant, dando Promissor liberabitur, vi quidem ipsa & hic ex his dari stipulatus est, qui ejus non erant*. Ita etiam in Pandectis Florentinis. Ex quibus habetur, in obligatione hominis debitorem liberari, si eum servum solvat, qui tempore contractus stipulatoris erat, si postea ejus esse desierit.

Sed si recte attendamus, in his verbis Marcellus sibi ipsi adversatur, & decisioni, quæ primo loco ponitur, est contraria ratio, quæ ultimo loco subditur. Ait, debitorem generis liberari, solvendo unum ex his, qui stipulatori servi erant. Rationem affert, quia & hic, id est, in ista secunda specie ex his dari stipulatus est, qui ejus non erant, ut est in prima specie stipulationis alternæ. Ergo jam ait, rationem esse parem, ut ostendunt verba, *Et hic*; & tamen disparem decisionem adduxit. Quod est absurdum.

Quocirca recte Cujacius 14. *obs.* 20. & *lib.* 17. *qu. Papin.* in *d. l. Mævius*, §. *duobus*, docet verba Marcelli esse leviter corrupta, & per *Unum*, legendum esse *Num*, per interrogationem, ita: *Sed ei, qui hominem dari stipulatus est, num etiam ex iis, qui tunc stipulatori servi erant, dando Promissor liberabitur?* Et ad quæstionem respondet: *Vi quidem ipsa & hic ex his, &c.* Et ita Marcellus Papiniano consentit. *Vi ipsa* Cujacius interpretatur, *Tacito intellectu, etiamsi hoc non expresserit*; Accursius *ipso Jure*, cui favet Alci-

Alciatus 1. *parerg.* 28. Itaque nihil necesse est cum Fabro 2. *conject.* 15. dicere Marcellum & Papinianum in hac quæstione consulto dissensisse.

III. Differentia est, quod alterna electio est Promissoris, aut heredis, *l. cum res*, §. *sed si Stichus*, *ff. de leg.* 1. *l. si quis*, C. *de cond. indeb. l. plerumque*, §. *ult. ff. de Jure dot.* cum concordantibus *ibidem* ab Accursio adductis: nisi forte alternatio in legato vindicationis apposita sit, erit enim electio legatarii, veluti *Titius fundum Sejanum*, *vel usumfructum ejus sibi habeto*, Titius vindicabit pro arbitrio suo utrum malit, *l. plane ubi*, §. *pen. ff. de leg.* 1. In obligatione generis orta ex contractu id ipsum est, ut electio sit Debitoris, nisi aliud conventum sit, *l. qui ex pluribus*, *l. eum qui certarum*, *ff. eod.* At e diverso in legato generis electio est legatarii, nisi aliud Testator dixerit, §. *si generaliter*, *Instit. de leg. l.* 2. *ff. de opt. leg.*

Hæc Promissoris electio in alternis durat, quamdiu res utraque extat; nam ubi altera periit, electio extinguitur: *Ne sit in arbitrio ejus*, *an debeat*, *dum non vult rem extantem præstare*, *quam solam debet*, ut dicitur in *l.* 3. *ff. de eo*, *quod certo loco*; nam in alternis, una re extincta, altera quæ superest, sola remanet in obligatione, *l. Stichum eum* §. 1. *ff. de solut.* Proinde utraque re soluta, si altera perierit, repetitio cessat, *l. cum is* 32. *in princ. ff. de cond. indeb.*

QUÆSTIO I.

An post solutionem in Obligatione Alterna Variatio licita sit.

SI legatus sit Stichus, aut Pamphilus, per vindicationem, quo casu electio est legatarii, & is per errorem facti vindicet Stichum, consumta est optio, & variare non licet. Ita etiam si legatum sit damnationis, ut electio heredis sit, si per errorem Stichum dederit, eum repetere nequit, Celsus in *l. si cui*, alias, *si is cui* 19. *ff. de leg.* 2. Ratio est, quia in legato vindicationis per optionem ipso Jure legatario dominium acquiritur, quod nuda voluntate rursus non amittitur.

In legato damnationis tunc heredi variatio non permittitur, cum jam solvit, id est, ubi jam legatario per traditionem sibi factam dominium quæsitum est: proinde ei amplius repetendo auferri non potest, *l. quod nostrum*, *ff. de reg. Jur.* Apposite ergo Celsus in legato vindicationis de legatario dicit, *Stichum vindicaverit*: in legato damnationis de herede ait: *Stichum dederit*; in illo enim sola vindicatio est satis, in isto exigitur datio.

Hinc intelligimus Paulum in *l. servi* 5. *ff. de leg.* 1. ubi *Servi electione legata*, *semel duntaxat optare possumus*; cum enim optionis legatum per vindicationem relinquatur, variatio non permittitur. Vide Accurs. *ibid. v. possumus.*

Non consumitur electio, si invalida est, ut si legato servo, legatarius servum alienum, vel liberum hominem elegerit: item si legatis amphoris, elegerit id acetum, quod vini nomine Paterfamilias non habuit, *l.* 2. *ff. de opt. leg.* Veteres enim quandoque acetum pro vino potabant, Persius *sat.* 4. de homine deparco.

Pannosam fæcem morientis sorbet aceti.

Horatius 2. *serm. sat.* 3.

Acre potet acetum.

Sic etiam Romani milites & alii pauperes aceto potabantur, vide Casaub. *ad Spartianum in Pescennio.* Id ergo acetum ex destinatione Patrisfamilias pro vino est, ut intelligendus est etiam Ulpianus in *l.* 1. *ff. de trit. vino*, *& ol. leg.* Quædam enim nostra destinatione, non natura constituuntur, ut fundorum nomina, & domus, *l. quod in rerum* 24. §. *si quis*, *ff. de leg.* 1. Imo destinatio in Jure nostro rerum naturam immutat: ita quæ dos non est, pro dote habetur, si doti destinata sit, ut in specie *l.* 3. *ff. de priv. cred. l. si sponsa*, *ff. de Jur. dot.* Sic etiam Patrisfamilias destinatio facit, ut quæ in fundo sunt, abesse credantur, *l. præ lia* 27. §. *liberto*, ubi Rogerius, *ff. de fundo instr.* Et nummi, qui destinati sunt Calendario, nomine Calendarii veniunt, *l. qui filium* 62. *ff. de leg.* 3. Aliter tamen accipitur animi destinatio in ea Regula: *In totum omnia*, *quæ animi destinatione agenda sunt*, *non nisi vera & certa scientia perfici possunt*, *l. in totum* 76. *ff. de reg. Jur.* ubi Petrus Faber.

Potabant etiam Romani poscam, quæ ex aceto & aqua miscebatur, eamque nonnulli publice vendebant, Sueton. in *Vitellio cap.* 12. Et hæc ex destinatione Patrisfamilias in legato vini venire potest, *l.* 9. *vers. alioquin Sabinus*, *ff. de trit. vin. & ol. leg.* Hodie Messores in Apulia poscam potant.

Eodem modo non consumitur electio, si a mino-

minore 25. annis per errorem facta sit; lex enim improvidæ ætati succurrit, *l. ait Prætor*, 7. §. *Pomponius*, alias *esti sine* 8. *ff. de minor* Itaque si in optionis legato minor captus sit, dum eligit deteriorem; vel si duas res promiserit, illam aut illam, & pretiosiorem dederit, ei subveniri debet. Quæ sunt Pomponii exempla.

Sed regulæ supradictæ obstat Julianus in *l. cum is* 32. §. *ult. ff. de cond. indeb.* illis verbis: *Qui hominem in genere promisit, similis est ei, qui hominem, aut decem debet; & ideo si cum existimaret, se Stichum promisisse, eum dederit, condicet: alium autem quemlibet dando, liberari poterit.*

Varie se torquet Accursius *ibidem* pro hac antinomia solvenda, & demum operam ludit. Nec enim, quæ affert, tanti sunt, ut refutari mereantur. Cujacius 3. *obs.* 35. Julianum de industria a Celso dissensisse opinatur. Merillus 3. *obs.* 10. differentiam inter legatum, & stipulationem statuit. Ait, in legato alterno, uno electo, optionem consumi, secus in stipulatione alterna, ubi Debitor per errorem solvens optionem non consumit. Eadem Merillus repetit ad *l. pen. C. de condict. indeb.* quæ est quinta ex 50. decisionibus Justiniani. Sed ea, quæ dicit, non probat. Præterea hujus discriminis ratio erat reddenda, cur in stipulatione alterna optio non consumitur, in legato vero alterno consumitur.

Pro solutione opus erat notare, a Juliano sermonem haberi non de eo casu, quo dixerim, *Stichum aut decem dabis?* sed de hoc alio, *Hominem aut decem dabis?* Quæ duo longe distant; nam cum promissa est species, sive Stichus, species ipsa in obligatione est, licet utrumque in solutione non sit, *l. si duo, ff. eod. l. Stichum in princ. ff. de solut.* cum concordantibus: quare ubi Stichum solvi, nequeo eum condicere. Quæ enim condictio competet, nisi indebiti? At indebitus non est Stichus, si jam in obligatione est. Cum vero hominem promisi, in obligatione est genus; & in obligatione generis, licet comprehendantur singulæ species, tamen id non fit expressis stipulatoris verbis, *l. si a substituto*, §. 1. *l. cum incertum, ff. de leg.* 1. Quia ergo Stichus expresse in obligatione non est, nil mirum, si per errorem solutus condici poterit. Quare & hic, ut alibi sæpe in nostro jure, alia est vis taciti, alia expressi, *l. eum qui certarum*, §. 1. *ff. eodem.*

Eodem modo in legatis distinguendum est. Si enim legavi *Stichum aut decem*, electione Stichi consumitur electio, *d. l. si cui, ff. de leg.* 2. Non ita si dictum fuerit, *Hominem aut decem*. Hoc casu eum alternatione mistum est Genus. Quare si Stichum heres per errorem solvit, condicendi jure non caret.

QUÆSTIO II.

An ante solutionem in Alternis Variatio permissa sit.

Debitor ex stipulatione, qui illud aut illud promisit, ante solutionem, quoties voluerit, mutare potest voluntatem: puta, si Stichum se velle solvere dixerit, nihilo minus Pamphilum solvere poterit, Venulejus in *d. l. eum qui certarum* 138. *ff. eod.* Ejus verba sunt: *Cum pure stipulatus sum, illud aut illud dari, licebit tibi, quoties voles, mutare voluntatem in eo, quod præstaturus sis; quia diversa causa est voluntatis expressæ, & ejus quæ inest*: usque ad quod tempus, vide Accursium *ibidem*. Hic sermo est de Debitore (cujus scilicet electio est) voluntatem mutante ante solutionem, ut patet ibi: *Mutare voluntatem in eo, quod præstaturus sis*. Postrema verba hoc sibi volunt, licere mutare voluntatem, si tacita electio sit: si enim fuerit expressa, sermo stipulatoris inspiciendus est, ut *ibidem* Accursius monet.

Et quidem Pomponius in *l. si quis stipulatus* 112. *ff. cit. tit.* docet, videndum esse, quo verbo Stipulatori electio sit adscripta; nam si ita stipulatus sit, *Stichum aut Pamphilum, quem voluero*, cum semel elegerit, mutare voluntatem non potest. Quod si ita, *Quem volam*, donec judicium dictet (id est, usque ad litem contestatam) mutandi potestatem habet. Nam verbum *Volam*, ut Pomponius ait, *tractum habet*, id est, significat identidem, *Voluero* semel, Cujacius in *l.* 17. & *d. l.* 112. *ff. eod.* Eadem interpretatio locum habet in legibus. Quare Paulus verba illa Senatusconsulti Tertulliani, *Si nemo filiorum volet hereditatem suscipere*, docet esse extensiva, & pœnitentiam admittere; ita ut filius, qui se nolle adire hereditatem matris dixerit, possit mutata voluntate adire, *l. filii* 6. *ff. ad Senatusconsultum Tertull.*

Tanta tamen distinctio in legatis recepta non est, in quibus non distinguimus, quo verbo

verbo heredi vel legatario electio sit adscripta; nam etiamsi *Volet* dictum sit, semel eligitur, nec variatio permittitur. De legato damnationis, ubi electio est heredis, exemplum extat apud Julianum in *l. hujusmodi* 86. §. *Stichum*, *ff. de leg.* 1. Testator scripsit: *Stichum, aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato*; & nullo habito respectu ad verbum *Volet*, statuitur, semel atque heres dixerit, utrum dare velit, mutare sententiam non posse.

Ita etiam in vindicationis legato, ubi electio legatarii est, Labeo in *l. apud Aufidium* 5. *ff. de opt. leg.* ubi ita Testator legavit: *Vestimenta, quæ volet, tricliniaria sumito, sibique habeto*, (Vestes triclinares sunt molles & floridæ, quas Veteres cœnando in Tricliniis induebant, vide Bulengerum *de Conviviis lib.* 1. *cap.* 35.) Si legatarius dixit, quæ vellet, licet nondum sumserit, mutare voluntatem non potest. Et ea redditur ratio: *Quia omne Jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumsit. Quin etiam res continuo ejus fit, simul ac dixerit, eam se sumere.*

Ex quibus verbis capimus, cur distinctio inter verbum *Voluerit*, & *Volet*, in legatis recepta non sit, ut in Stipulationibus. Duas etenim rationes ex Aufidio affert Labeo.; unam, quæ privatim ad legatum vindicationis pertinet, & est, quia statim ac legatarius dixit, se eam rem sumere, statim inquam, ejus rei dominium nanciscitur. Quia enim in legato vindicationis regula est, ut dominium rei legatæ statim a morte Testatoris recta via transeat in legatarium, *l. a Titio* 66. *ff. de furtis;* ubi hoc ex aliquo eventu, & impedimento non accidit, veluti si legatum alternatum sit, visum est Jurisconsultis, cum primum fieri potest, statim ac impedimentum cessat, legatario dominium adscribere, ut quo minus possit, a regula recedatur. Itaque statim ac legatarius in legato alterno elegit, ei dominium Juris censura quæsitum statuerunt. Altera Aufidii ratio generalis est, & omnia quæcunque legata, etiam damnationis, respicit. Ait, prima testatione omne Jus legati consumi. Quid ita? Cur id ipsum in stipulationibus non est? Cur in istis *Volet* est extensivum, in legatis non item? Certe hæc Aufidii ratio, nisi rationis ratio reddatur, nulla est.

Subibat mentem, in stipulationibus strictius verba interpretari, ut quæ sunt Verborum obligationes, Verborumque conceptiones: largius vero in legatis, in quibus sæpissime verba referuntur ad mentem & voluntatem legatoris; sunt enim legata ultimæ voluntates. Testator autem, sive *Volet* dixerit, sive *Voluerit*, videtur solam optionem dedisse, non etiam mutationem, aut variationem.

Quod si Testator simpliciter sine verbo *Volet* leget illud, aut illud, variatio permittitur, quoad legatarius vindicaverit, vel heres dederit; nam variatio tunc prohibetur solum, ubi vindicatio vel datio secuta est, *d. l. si cui* 19. *ff. de leg.* 2. Quod mirum est, nam verbum *Volet* expressum mutationem voluntatis prohibet; eandem permittit, ubi expressum non est. Ita expressio ejus, quod tacite inest, arbitrium minuit, ut dicebat Cujacius ad *d. l.* 112. Non dissimiliter in stipulatione illud, aut illud, licitum est voluntatem mutare, ut diximus ex *l. cum qui certarum*, §. 1. *ff. eodem*.

Ratio in obscuro est. Putem pendere ex eo, quia jam legatum alternum, aut stipulatio alterna, sui natura variationem continet. Si verbum *Volo* additur, ne nihil operetur, ne frustra appositum censeatur, eam variationem minuet. Alia causa in heredis institutione est; nam in verbis his, *Publius Mævius, si volet, heres esto*, illud *Si volet* in extraneo, & voluntario herede frustra intelligitur appositum, quia si illud absit, non ideo invitus efficitur heres: in necessario conditionem facit, ut si nolit, heres non existat, *l. verba* 12. *ff. de condit. instit. l. Cornelius* 69. *ff. de hered. instit.*

QUÆSTIO III.

De eo, qui illud aut illud debet, & utrumque solvit.

QUi promittit illud aut illud, puta Stichum, aut decem, potest unum solvendo liberari, *l. si unus*, §. *sed si*, *ff. de pactis;* sed cum putaret se ad utrumque teneri, per errorem utrumque Stipulatori solvit. Certatum est inter Jurisconsultos, cui electio danda sit; utrum Promissori, qui quod vellet, condiceret; an potius Stipulatori, qui quod vellet, redderet. Et vexata quæstio est diu multumque inter Sabinianos & Proculianos, donec eam decidit Justinianus in *l. pen. C. de cond. indeb.* quæ inter 50. Justiniani decisiones quinta est. Sabiniani itaque, inter quus

quos Julianus, & Papinianus, contendebant, electionem esse Promissoris, quod vellet, condicere. Cur ita? Nempe quia in alternis promissionibus electio est Debitoris, *l. adigere, ff. de Jurepatr.* Ergo ejus quoque debet esse electio in repetendo, cujus antea fuerat in solvendo. Proculiani cum Ulpiano, Marcello, & Celso, contra dicebant, electionem esse Stipulatoris, quod vellet, reddere, eaque ipsa ratione utebantur, nempe: In alternis promissionibus electio est Debitoris; sed Stipulator, cui utrumque solutum fuit, ex Creditore factus est Debitor; quare ipse eliget, ipse reddet, utrum velit. Quod argumenti genus Græci ἀντιστρέφον dicunt, Latine reciprocum dici posset, Gellius 5. *noct. Att.* 10.

Verum quia Proculianorum ratio nimiæ subtilitatis vitio non caruit, placuit Justiniano cum Sabinianis sentire, ut Promissor posset condicere, quod vellet, *d. l. pen.* ubi Merillus, & Cujacius 8. *obs.* 35. Et mirari subdunt de oscitantia Triboniani, qui Justinianæ decisionis immemor, sententiam Proculianorum in Pandectis inseruit in *l. si non sortem* 26. §. *pen. ff. de cond. indeb.* ubi Ulpianus secutus Celsum, & Marcellum, quorum testimoniis utitur, statuit, utroque simul soluto, Stipulatori retinendi, quod vellet, arbitrium dari. E contrario Juliani sententiam Tribonianus nobis reliquit in *l. cum is* 32. *in princ, ff. cit. tit.* ubi repetitio tribuitur Debitori, qui utrumque solvit, etsi nihil repetat, si alterutrum in rerum natura esse desierit: id enim remanet in soluto, quod superest. Quippe si de rebus sub disjunctione debitis altera periit, electio cessat, *l. 3. ff. de eo, quod certo loco, l. Stichum, ff. de solut.*

CAPUT V.

De individuis Petitione, Solutione individuis.

HÆc sunt, quæ inter Stipulatoris heredes dividuntur, si agant ad id, quod interest, non ad factum. Ipsi autem Promissori, aut heredibus ejus non est concessa custodia, restitutio, defensio in partem. In hoc genere sunt Stipulatio Duplæ, *d. l. in executione*, §. *in solidum*. Cui in *l. 4. §. fin. ff. eod.* similes dicuntur Stipulatio Fructuaria, Damni infecti, & ex Operis novi nunciatione. His additur pœna in obligationibus dandi speciei adjecta, *d. l. in executione*, §. *item si*: vel addita Quantitati, *l. 5. §. si sortem*. Et tandem in eodem numero est Stipulatio iter fieri, *d. l. 4. §. Cato*, ut Cujacius monet in *d. l. in executione*. De nonnullis actum est supra; de reliquis suo ordine dicamus.

Stipulatio Duplæ.

EX edicto Ædilitio Emtores stipulantur de Dupla, nempe si fundus, exempli gratia, aut fundi pars evicta fuerit ab alio, qui se Dominum dicat, vel Creditorem sub pignore, ut Venditor ad duplum ejus, quanti emtus fundus est, aut emta pars ejus, teneatur. Unde in Digestis titulus est, *de Evictionibus, & Dupla Stipulatione*. Ejus hanc esse formulam docet Cujacius *tract. 6. ad African. in l. 24. ff. de evict.* *Mihi, heredique meo cum hominem, quem a te emi, habere recte licere, nec evinci eum hominem mihi, heredique meo, partemve ejus. Et si is homo a me heredeve meo petetur, tum de ea re agenda adesse, & eam rem recte defendere, ut denunciatum tibi erit: aut si ita factum non erit, quanti ea res erit, duplum præstari, dolumque malum abesse, absuturumque esse. Hæc spondesne?* Hac stipulatione omissa, Emtor re evicta aget contra Venditorem tantum ad Simplum, & in id quod interest, actione ex emto, quæ bonæ fidei est, *l. si in venditione, ff. eit. tit.* At duplæ stipulatione interposita, aget ad duplum actione ex stipulatu, quæ stricti juris est.

Præterea toto fundo evicto, æstimatur quanti est tempore evictionis, si scilicet agatur ex emto; cum enim sit bonæ fidei actio, congruit illud a Venditore Emtori reffici, quod vere Emtoris interest, *l. evicta re, ff. cit. tit.* Sed si ex stipulatione agatur, res æstimari debet, quanti fuit tempore contractus initi, *l ex mille §. 1.* ubi Gl. *v. evictionis, ff. cit. tit.* De Franchis *dec.* 297. Mesa 2. *var.* 32. *num.* 21. *& sequ.*

Quod si pro parte evincatur, attendendum est, utrum pro diviso, an pro indiviso evictio fiat. Si pro indiviso totus fundus est æstimandus, ita ut Emtor regressum ad Venditorem habeat pro quantitate rei evictæ. Puta, emi fundum centum jugerum mille nummis, ubi evicta est quinta pars, id est jugera 20. agam ad evictionem in nummos ducentum. Si pro diviso, agam de evictione, bonitate loci evicti inspecta, *l. 1. & dict. l. ex mille*, §. *ceterum*.

Hæc evictio tria continet; unum ex par-

te Emtoris, duo ex parte Venditoris. Emtor necesse habet, ut laudet Actorem, id est, Venditori denunciet sibi litem motam esse, & a quo, *l. emtor. C. de evict.* Venditor laudatus tenetur Emtorem in judicio defendere, ne res evincatur. Itaque si Venditor defugiat auctoritatem, id est, non suscipiat defensionem litis, vel suscipiat quidem, sed tamen res evincatur, tum committitur Stipulatio Duplæ.

His positis, videamus quomodo petatur in solidum, solvatur pro parte. Finge, Auctor seu Venditor, qui duplum promisit ob evictionem, plures heredes reliquit. Emtor, cui lis mota est, denunciabit omnes heredes Auctoris, ut quisque non pro parte hereditaria, sed in solidum defensionem suscipiat; est enim defensio factum individuum, & præstari nisi in solidum non potest. Quocirca si unus ex heredibus defensionem defugiat, omnes defugisse videntur, licet ceteri ad defendendum promti sint. Unde fit, ut heredes ob culpam unius, omnes teneantur ad pœnam duplæ; quam tamen pœnam non solvent in solidum, sed quisque pro ea parte, pro qua heres est, *d. l. in executione, §. in solidum, l. cum ex causa, ff. eod. l. si rem qua, §. 1. ff. de evict.*

Finge etiam, Stipulator Duplæ, id est, Emtor decedit, pluribus relictis heredibus, quia actio ad duplam ratione quantitatis, quæ petitur, dividua est, ideo inter heredes Emtoris ex lege XII. Tabularum divisa etiam est. Quocirca re evicta singuli heredes non in solidum, sed quisque ob evictionem suæ partis actionem habent. Uni parte sua evicta, is solus habet actionem, quoniam ejus tantum interest, *l. 4. §. fin. ff. eod.* ubi id in Stipulatore *Utilitatis causa* receptum esse dicitur, id est, quia agitur ad id, quod interest, quod *Utilitas* dicitur sæpissime, ut Cujacius ibi exponit. Agent ergo heredes Stipulatoris ad duplam pro parte hereditaria, ad defensionem in solidum.

Quod si omnibus denunciatis heredibus Venditoris, unus tantum liti subsistat, & defensionem ipse in solidum suscipiat, omnibus vincit aut vincitur, id est, ceteris etiam heredibus, qui in judicium non venerunt: & aut nullus ad duplam tenetur, si vincat; aut omnes tenentur, si victus sit, ut communiter explicatur textus in *d. l. si rem qua, §. 1.*

Cautio Fructuaria.

Hæc cautio, quæ jussu Prætoris a Fructuario præstatur Proprietario, duas continet causas seu clausulas. Prior est, Usurum fruiturumque se boni viri arbitratu. Posterior est, cum ususfructus ad eum pertinere desinet, restituturum quod inde extabit, *l. 1. in princ.* & *§. fin. ff. Usufruct. quemadm. cav.* In hac Stipulatione inest etiam custodia, & doli præstatio, *l. 2. & 5. ff. cit. tit.* Inest etiam refectio, *l. damni 18. §. ei, ff. de damno infecto*; & non modo Prætoria est, sed ad Quanti ea res est, *d. l. 1. §. recte, cum seq.*

Ex his omnibus colligere licet, Stipulationem Fructuariam esse individuam petitione, dividuam solutione. Nam si agam, ut Fructuarius rei curam suscipiat, usucapionem interpellet, custodiam præstet, ædes vitiosas reficiat, in solidum agam: tum quia custodiæ, & refectionis factum est individuum, non aliter quam defensionis; tum etiam quia ex clausula boni viri arbitratu nunquam videtur res custodita, nisi in solidum custodiatur, argumento ex *l. ex clausula, ff. judic. solvi*, illis verbis: *Non enim videbitur defensa res boni viri arbitratu, quæ non in solidum defensa sit.* Quam etiam vim præstat clausula doli mali, *l. 4. in princ. ff. eodem.*

Et ita est individua petitione. Verum quia ob curam non susceptam, vel ob abusum, Fructuarius, ejusque heredes non tenentur, nisi ad Quanti ea res erit; propterea Cautio hæc est solutione dividua, ex regula *l. 2. §. incertam, ff. de Prætor. stipul.* ubi Stipulatio Prætoria ad Quanti ea res est, dividua statuitur.

Verum si agatur de re post usumfructum finitum restituenda, erit hæc Cautio etiam solutione individua. Nam si heredes Stipulatoris agant pro parte hereditaria, ut fundus restituatur, certe nec promissor, nec ejus heredes liberantur, nisi toto fundo restituto, ut sunt verba Zasii in *d. l. 4. §. ult. num. 8. ff. eod.* Ratio est, quia Stipulatio rem restitui, ubi de specie restituenda agitur, est individua, *l. si duo, §. quod si lancem, ff. depos.* ibi: *Et nisi pro solido res non potest restitui*, & non diximus supra. Aliud tamen est de usufructu pecorum.

Sti-

Stipulatio Damni infecti.

JUssu Prætoris a Domino vitiosarum ædium exigitur cautio Damni infecti, quæ ita ferme concipitur: *Quod vitio ædium, loci, operisve, si quid ibi ruet, scindetur, fodietur, ædificabitur, damnum datum sit? Quanti ea res erit, tantum dari, l. si procurator, ff. rem rat. hab. l. in hac stipulatione, l. fluminum, §. ult. ff. de dam. inf.* Adjicitur etiam heredum nomen, vel successorum, eorumque, ad quos ea res pertinet, *d. l. fluminum, §. adjicitur.*

Hæc Cautio, quia Prætoria est, & ad Quanti ea res erit, dividuis accensetur, *d. l. 2. §. incertam, ff. de Prætor. stip.* Ergo si Stipulator obeat, pluribus relictis heredibus, & damnum datum sit, quisque heredum ad id, quod interest, pro parte hereditaria aget, *l. 4. §. ult. ff. eod.*

Verum non semper ita est; quandoque enim non agitur ad id, quod interest, sed ut opus restituatur. Nam si qui damni infecti cavit, parietem communem sit demolitus, qui satis aptus oneribus ferendis erat, agam ut restituat eum suo sumtu, *l. nam si non, ff. de damn. inf.* Quo casu Stipulatio erit individua, nam restitui opus pro parte non potest, *d. l. 4. §. ult.* Individua etiam est, si Stipulator non agat ad id, quod interest, sed ut ædes ruinosæ destruantur: quod notat Zasius in *d. l. 4. §. ult. num. 9.*

Hinc intelligimus, cur Stipulatio Damni infecti aliquando comparetur Stipulationi de rato, *d. l. si procurator*; nempe quia utraque dividua est: cur vero aliquando comparetur Stipulationi de Dupla, *d. l. 4. §. ult.* nempe quia ut illa, cum agitur de defensione, est individua, ita hæc, cum agitur de opere extruendo, vel destruendo; quamvis respectu ejus, quod interest, utraque dividua sit. Quare non sunt audiendi Duarenus, Cujacius, & Giphanius in *d. §. ult.* qui Cautionem frustuariam, & Damni infecti semper dividuam esse censuerunt.

De Operis novi Nunciatione.

QUoties Vicinus dicit, jus sibi esse prohibere Vicinum, ne opus novum invito se faciat, tunc ei a Vicino satisdatur de opere restituendo, idest, demoliendo, boni viri arbitratu, si contra eum judicatum fuerit. Quod si ita opus restitutum non erit, de danda tanta pecunia, quanti ea res erit, si hoc nunciabit placuerit, *l. stipulatio, §. sive autem, ff. de novi op. nunciat.* Id autem intelligitur non solum de opere jam extructo tempore denunciationis, sed etiam de eo, quod post extructionem, *d. l. stipulatio, §. si quis autem.* Hinc si Promissoris heredes conveniantur in id, quod interest, singuli tenentur pro parte; si vero ad opus ipsum demoliendum, restituere singuli in solidum tenentur, *l. 2. in princ. ff. de Prætor. stipul. d. d. stipulatio, §. quæsitum.* Pariter heredes Stipulatoris pro parte habent actionem in id, quod interest; in solidum ad restitutionem operis: quia ut institutio operis pro parte fieri non potest, *l. stipulationes non dividuntur, in princ. ff. eod.* ita nec restitutio, *dict. §. quæsitum*: quare utroque casu opus est individuum. Vide supra in I. Propositione Catonis, ad *l. de pupillo, §. si plurium, ff. de oper. novi nunciat.*

Et hoc est, quod dicitur in *d. l. 4. § ult. Ipsi autem Promissori pro parte neque restitutio, neque defensio contingere potest*; id est ex parte Promissoris, tam si ipse conveniatur, quam heredes ejus pro parte contingere non potest neque restitutio in novi operis nunciatione, neque defensio in causa evictionis, ut *ibidem* Cujacius explicat.

CAPUT VI.

De Rebus Unis.

HIc solliciti non sumus, utrum res individua sit, an in partes queat scindi; sed attendimus solum, sitne una, an multiplex. Quæ tractatio & utilitatem habet, & adeo affinis est ei, quæ de individuis instituitur, ut plurimi fiat, qui unam ab alia discernere non valeant: habent tamen manifestum discrimen. Una est res, quæ in plures tales non dividitur. Vidit hoc D. Cyprianus *epist. 52. Episcopatus unus est, cujus a singulis insolidum pars tenetur.* Individua, quæ in plures partes dividi nequit. Quod ut pateat, sit.

De Re una ratione materiæ deductæ.

TOt sunt Stipulationes, quot sunt species vel summæ conjunctim & nominatim in stipulationem deductæ, veluti *Stichum & Pamphilum dari*, duæ stipulationes sunt; item *decem & quinque*, vel *sortem & usuras dari*,

duæ

duæ sunt stipulationes, *l.* 1. §. *sed si m.hi*, *l. scire debemus*, *l. ubi autem*, §. *pen. ff. eod.* Ita quoque si plures sint qualitates, ut emit quis servum, & stipulatus est sanum esse, fugitivum non esse, duo ex stipulatio est, *l. quia dicitur*, *ff. de evictiom.*

Obstat tamen, quia hic una est verborum conceptio: *Promittis æquum & hominem?* At una verborum conceptio unam facit stipulationem. Quare Justinianus in §. *quoties*, *Instit. de inutil. stipul.* ait, plures res una stipulatione comprehendi. Dicendum tamen est, unam esse verborum Conceptionem facto, vi tamen, & potestate multiplicari, ob rerum multitudinem; tanquam si in singulis rebus esset repetita.

Hinc I. fit, ut Stipulator sæpius ex stipulatione agere possit; primo, exempli gratia, quanto minoris propter fugam servi, deinde etiam quanto minoris propter morbum. Finge, emi servum decem, minoris emturus duobus, si fugitivum esse scissem. Hæc consecutus propter fugam, mox comperi non esse sanum; similiter duobus minoris emturus, si de morbo non ignorassem. Rursus consequi debebo duo, & servi pretium erunt sex. Quod si una stipulatio esset, semel, non amplius esset agendum, *d. l. quia dicitur*, *ff. de evict.*

II. Si plures species, vel summas in stipulationem deducam, & una species vel summa fuerit promissa, veluti, *Stichum & Pamphilum dabis? Dabo Stichum*, hic ex duabus stipulationibus una est utilis, in qua Stichus est promissus, altera inutilis: nec vitiatur utilis pro inutili, *d. l.* 1. §. *sed si mihi*. Quod si una stipulatio esset, in totum rueret, quia responsio cum interrogatione non congruit.

Idipsum est in legatis. Nam tot sunt legata, quot res. Unius rei unum est legatum, *l. si ex toto* 8. §. *si ita*, *ff. de legatis* 1. Quare si Testator dicat *Stichum & Pamphilum do lego*, non unum, sed plura sunt legata, quia nominatim plures res exprimuntur, *l. quoties*, *ff. de legatis* 2.

Hoc scire interest. Primo, quia unum legatum pro parte acquiri, pro parte repudiari a legatario non potest; licet aliud sit in legatarii heredibus, quorum unus partem suam acquirere potest, alter suam repudiare, *l. Legatarius* 38. *in princ. ff. de legatis* 1. At si plura legata relicta sint, potest ipse legatarius unum petere, alterum rejicere, *l. neminem* 4. *ff. de legatis* 2.

Secundo, unius legati dies, pro parte cedere, & pro parte non cedere non potest: sed pluribus factis legatis, unius dies potest cedere. Ex quo cessione sequitur transmissio, veluti si unum legatum sit purum, alterum conditionale; nam pendente conditione dies puri cedit. *l. cum illud* 25. *in princ. ff. quando dies legatorum cedat.*

Tertio, ex legato uno semel tantum agere possum, sed ex non uno sæpius, *argum. ex d. l. quia dicitur.*

Idipsum quoque est in Compromisso, & Arbitrio. Quippe si in Compromissum plures res deducerentur, plura quoque compromissa essent; & si ab uno articulo recederetur, remaneret Compromissum in altero, Bartolus in *l. de rebus*, & in *l. quod tamen*, *ff. de Arbitris*. Ita quoque si arbitrium, vel sententia Judicis plura complecteretur capita separata, plura sunt arbitria, plures sententiæ, Baldus in *l. edita*, *C. de edendo*.

Unde fit I. quod licet sententia pro parte recipi non possit, argumento ex *l. duobus*, *ff. de liberali causa*, & ex *l.* 5. §. *ult. ff. eodem*; id tamen verum est, ubi plura separatim capita sententia non complectitur, quæ tunc non una, sed plures sententiæ essent, & diceretur una sententia recepta, altera rejecta, Baldus *loc. cit. col.* 14. Quocirca minor restitutionem in integrum petere potest in quantum ad unum caput, licet non petat in quantum ad alterum, Glossa, & Bartolus in l. *etiam*, §. *ea causa*, *ff. de minoribus*, per illum Textum; & Judex appellationis sententiam in uno capite comprobare, in altero reprobare potest, *l. quædam*, *ff. familiæ ercifcundæ*, *l. ult. ff. de Jurepatronatus*.

II. Etsi alicubi a sententia non nisi semel appellari possit, tamen quoties plura capita in ea sunt, sæpius licita est appellatio, ab unoquoque capite semel, ut Paulus de Castro se obtinuisse refert apud Zasium in *d. l. scire debemus num.* 6.

Illud meminisse oportet, a Jurisconsultis tria Corporum genera distingui ex *l. rerum mixtura* 30, *ff. de usucapionibus*. Primum dicitur. Continuum, eorum scilicet, quæ uno spiritu constare dicuntur, ut homo, equus, tignum, lapis, & similia. Secundum dicitur Concretum, quod constat ex partibus inter se cohærentibus, ut ædificium, navis, armarium.

rium. Ultimum genus Corporum est dejunctum, constans ex distantibus partibus, ut Grex, instrumentum fundi, supellex. Quamvis enim Grex, verbi gratia, ex pluribus capitibus constet, destinatione tamen Patrisfamilias pro uno Corpore habetur, & possidetur. Idem tradit Seneca 5. epist. 103.

Quocirca stipulatio Corporis dejuncti unica stipulatio est, non multiplex. Sum stipulatus a te acervum nummorum, una stipulatio est, *d. l. scire debemus*. Cur ita? Jurisconsultus *ibid.* ait, quia absurdum esset multiplicare hanc stipulationem in tot, quot nummi sunt. Hanc rationem Zasius *ibidem num.* 9. frigidam vocat, nec tamen melior est ea, quam ipse præstat. In promtu erat dicere, acervum nummorum destinatione Patrisfamilias pro uno Corpore censeri. Ita similiter legatum gregis unicum est, *d. l. quoties*, *l. Grege*, *ff. de leg.* 2.

Et hinc dependet ratio Textus in *d. l. si ex toto*, §. *si ita*, *ff. de leg.* 1. ubi octo Lecticariorum legatum unum est, nempe quia destinatione Patrisfamilias pro uno Corpore possidentur; nam ut recte Cujacius notat, olim ad lecticam splendidiorem comparabantur plerumque octo homines, Teste Martiale:

Octo Syris suffulta datur lectica Puellæ.

& Lecticarii sunt, qui lecticam gestant, non qui lecticam faciunt, ut falso interpretatur Accursius.

Objicies ex *l. si Chorus in princ. ff. de leg.* 3. ubi si Chorus Comœdorum legetur, perinde est, quasi singuli homines legati sint. Idem est, si legetur familia, quæ ex tribus constat: & si cui optio servorum legata sit, tres potest eligere, *l.* 1. *ff. de optione legata.*

Responsum tamen velim, dici singulos homines legatos non ad multiplicanda legata, sed respectu effectus, qui est, ut omnibus de Choro, seu de familia mortuis, præter unum, ille unus peti possit, quamvis Chorus, & Familia desiisset esse, quasi ille unus fuisset legatus, *l. si Grege*, *ff. leg.* 1. Si tamen duo, aut omnes superfint, legatarius nequit unum eligere, alterum repudiare, *l.* 4. *cum duabus seqq. ff. de leg.* 2. quod certe liceret, si plura essent legata, ut diximus.

Hinc etiam pendet ratio, cur stipulatio legatorum una sit, quamvis plura sint legata. Testator mihi legavit equos, arma, vestes: ego stipulor ab herede, *quidquid mihi ex Causa legati debes, dare promittis?* una stipulatio est, *d. l. scire debemus*, §. *stipulationem*; nempe quia singula legata non exprimuntur, sed veniunt tanquam unum propter signum universale, *Quidquid*, Accursius *ibidem* communiter receptus. An quia dictum fuit *Legati* numero singulari, videtur Stipulator plura corpora, seu plura legata pro uno habuisse? Itaque ex destinatione hoc fit, quæ indicatio deest in *l. pluribus rebus*, *in princ. ff. eod.*

Non ita est, si pluribus rebus nominatim pactis, generalis stipulatio subjiciatur; habetur enim stipulatio pro multiplici. Exempli gratia, pluribus rebus præpositis, stipulatio ita facta est: *Ea omnia, quæ supra scripta sunt, dari?* tot stipulationes sunt, quot res, *l. Titia* 134. §. *ult.*, *l. pluribus rebus* 140. *in princ. ff. eodem*. Hic enim licet singulæ res non exprimantur a Contrahentibus, fuere tamen ab iisdem paciscendo expressæ, quorum pactorum adstringendorum causa facta est stipulatio, Cujacius in *d. l. scire debemus*.

Ceterum quamvis pro legato consequendo plures actiones proditæ sint, reivindicatio, hypotecaria, condictio ex testamento; tamen quia legatum est unum, inde legatarius pluribus simul actionibus uti non potest, sed una electa, ceteræ tolluntur. Quæ ratio redditur in *l. cum filius* 78. §. *variis*, *ff. de leg.* 2.

De Re una in distributione temporum.

Stipulatio annua una est in omnibus annis, quamvis multæ præstationes sint, quarum quælibet in principio anni cujuscunque facienda est. Id tamen verum est de stipulatione annua incerta, & perpetua, Pomponius in *l. si Stichum* 16. §. 1. *ff. eod.* Quippe hæc stipulatio, *Promittis mihi annua decem, vel quotannis, vel in singulos annos*, una est & perpetua, quia transit ad heredes, ex *l. Veteres*, *C. de contrahenda stipulatione*: & ideo est incerta, quia summa pecuniarum, quæ in omnibus annis solventur, ignoratur. Et ita non sunt contraria perpetuum, & incertum, ut putabat Baldus in *d. l.* 16. qui propterea temere Pomponium bestiam appellat; quippe hæc duo non accipiuntur utrumque de tempore, quo casu essent contraria, sed unum de tempore, alterum de quantitate, seu summa.

Ex his multæ Juris nostri leges facile explicantur; & in *l. penultima*, §. 1. *ff. eod.*, habetur stipulationem annua, bima, trima

die

die dividi in tres stipulationes, quot sunt summæ. Hæc stipulatio est, cum unam summam quis stipulatur, veluti triginta: quam tamen summam, non semel totam sibi præstari vult, sed in tribus pensionibus æquis, quarum una præstetur primo anno, altera secundo, ultima tandem tertio: idem enim est dicere annua, bima, trima die, quod anno, biennio, triennio, *l. si legatum* 3. *ff. de annuis legatis*. Hæc stipulatio valde affinis est stipulationi annuæ. Cur ergo hæc est multiplex, illa una? Alciatus in *d. l. penult.* §. 1. *n.* 2. id tribuit variæ distributioni temporum, quæ in stipulatione annua die est expressa, in stipulatione annua expressa non est: & in stipulationibus maxime ad vim verborum attendimus. Verius est, stipulationem annua die, non esse unam, quia certa est, & temporalis; non enim omnis annua stipulatio una est, sed quæ simul perpetua est & incerta, *d. leg.* 16. §. 1.

II. In *l. si servus communis* 18. §. *ult. ff. de stipulat. servor.* Servus fructuarius operas suas locavit, & eo nomine pecuniam in annos singulos dari stipulatus est. Hæc stipulatio licet annua, dicitur non una, sed multiplex. Quare finito usufructu, Domino reliqui temporis acquiritur stipulatio.

Ratio facile intelligitur ex dictis. Nam hæc stipulatio fuit quidem incerta, sed non perpetua: Incerta, quia facta ad vitam servi, qui locavit operas, quæ nisi a Vivo præstari non possunt: terminus autem vitæ incertus est. At ex hoc ipso non fuit perpetua. Quod si servus in annos quinque operas locasset, eo magis stipulatio eo nomine facta, non fuisset una, quia hæc nec perpetua, nec incerta est, *d. l.* 18. §. *ult.*

III. In *l. sancimus* 34. §. *penult. C. de donation.* Si Ego a Te ex causa donationis stipulatus sim annua tot, quoad vixero, vel quoad vixeris, multiplex donatio esse statuitur, non una. Quocirca si singulæ summæ tercentos solidos non excesserint, insinuatione opus non est. Nempe hoc ideo factum est, quia & hic stipulatio annua est quidem incerta, sed non perpetua, ut quæ concluditur spatio vitæ Donatoris, vel Donatarii. Quare si non adjiciatur tempus vitæ, vel heredum mentio adjiciatur, una stipulatio erit, & donatio insinuationem exiget, ut *ibidem* in §. *ult.* Vide Cujacium in *d. l.* 16. & 15. *observat.* 22. qui illa verba *d.* §. *ult.* *Vel adjiciatur tempus vitæ*, legit, *vel non adjiciatur*, ut etiam legerunt Græci Jurisconsulti, sicuti patet ex Isidoro *lib.* 47. *Basilicorum*: & nisi ita legas, pugnabit ex diametro, §. *ult. cum pen.*

Constat hinc, locationem de triennio in triennium, non esse unam, sed scindi in tot locationes, quot triennia sunt. Quocirca etsi in *Extrav. ambitiosæ, de rebus Eccles. non alien.* prohibeatur locatio prædii Ecclesiastici ultra triennium, licita tamen erit locatio de triennio in triennium. Baldus in *cap.* 1. §. *si libellatio, tit. quibus modis feudum amittatur*. Alii tamen ob suspicionem fraudis locationem ita factam valere negant, Covarruvias 1. *variarum* 16.

Alia via ac stipulationes procedunt legata annua, partim simili, partim dissimili. Nam si decem in singulos annos legata sint, plura sunt legata, tot scilicet, quot sunt præstationes, *d. l.* 16. §. 1. *ff. eod.* Sed id legatum non est perpetuum, sicut est stipulatio annua, ut quod morte legatarii finitur, *l.* 4. *l. in singulos* 8. *ff. de annuis legatis*. Ratio est, quia legatum annuum fit gratia legatarii, ut sit ei alimentorum vice: Stipulatio vero annua ita concipitur gratia promissoris, qui solvere debet, ne oneretur ad totam summam semel præstandam. Solent enim testatores annua, aut etiam menstrua relinquere alimentorum nomine, quamquam id non exprimant, moti vel misericordiæ causa, ut dicitur in *l. qui bonis, ff. de cessione bonorum*, nempe quia is, cui relinquunt, inopia laborat, & nihil habet, unde vitam tolerare possit: vel moti providentia legatariorum, qui rem suam familiarem tueri non possunt, ut dicitur in *l. Quintus Mutius ad finem, ff. de annuis legatis*. Unde fit, ut legata annua, vel menstrua morte legatarii finiantur, ad instar Usufructus, & ad heredem redeant, a quo præstabantur: quippe alimenta morte alimentarii finiuntur, *l. cum hi*, §. *modus, ff. de transaction.* & ideo Martialis ait, cum cui legata sunt annua, morientem ea debitori legare videri, id est, eorum liberationem. Versus hi sunt *lib.* 9.

Nil Tibi legavit Fabius, Bithinice, cui Tu
Annua, si memini, millia sena dabas.
Plus nulli dedit ille, queri Bithinice noli,
Annua legavit millia sena Tibi.

Nisi forte legatum annuum usque ad certam conditionem relinquatur, veluti donec nubat;

bat; quo casu per nuptias finitur, non expectata morte, *l. legatum ita est*, *ff. de annuis legatis*; vel usque ad certam diem, veluti donec annum decimum octavum compleverit, *l. Liberto* 21. §. *filium*, & §. *largius*, *ff. cit. tit.*

Quoniam ergo testator in legato annuo alimenta præstare intendit, quæ non semel præstantur, sed vel in singulos dies, ut accidit in legato simplici alimentorum, vel in singulos menses, aut anno, ut in legato menstruo, aut annuo: propterea intelligimus testatorem non unum voluisse facere legatum, sed multiplex, divisum in tot legata, quot sunt alimentorum præstationes faciendæ. Non ita est stipulatione, quæ ideo fit annua, ut ne promissor oneretur totum debitum unica vice, & unica summa solvere, quæ ipsius promissoris commodo dividitur in plures præstationes. Vide in *l. si cum præfinitione* 20. *ff. quando dies legatorum*.

Hinc I. intelligimus, quid dicendum sit de legato relicto annua, bima, trima die. Nempe quia testator gratia exonerandi, & sublevandi heredis illam unicam summam in tres pensiones divisit, ideo unicum erit legatum; ita ut pensiones tres non constituant tria legata, sed sint tres partes unius legati, Cujacius in *l. si legatum*, *ff. de annuis legatis*.

II. Intelligimus, legatum annuum, si non alimentorum causa relinquatur, sed exonerandi heredis gratia, unicum esse legatum. Id autem colligitur ex præfinitione annorum, addita alia conjectura; sola enim annorum præfinitio non sufficit, *d. l. si cum præfinitione*. Exemplum esto ex *l. Firmio*, §. *pater*, *ff. quando dies legatorum*, ubi pater voluit uxorem annua tot præstare filio ex fructu bonorum, quæ eidem uxori legavit, addita præfinitione temporis, idest usque ad annum 25. Quæsitum est, legatum istud, vel potius fideicommissum annuum, utrum unum esset, an multiplex? Et licet regula sit, legatum annuum, & fideicommissum esse dividuum; tamen Papinianus ait, unum istud esse fideicommissum certis pensionibus divisum. Et specialis casus est, cujus ratio oritur simul in præfinitione annorum, & simul in eo, quod testator voluit fideicommissum præstari ex fructu bonorum, quæ uxori legavit; inde enim conjicitur, plures præstationes non fieri gratia alimentorum, quo casu multiplex legatum esset, sed fieri gratia legatarii, qui gravatus erat: nam ut commode fideicommissum solveret, jussit testator expectandos fructus, scilicet ut iis divenditis, ex pecunia redacta fideicommissum præstaretur. Quocirca est annuum legatum simile stipulationi annuæ, & inde unum legatum dicitur.

III. Intelligimus, quid dicendum sit, si legatum annuum ita alterne concipiatur, *Do lego annua decem, vel pro his servum in singulos annos*; cum enim legatum istud annuum sit multiplex, poterit legatarius primo anno petere decem, secundo anno petere servum, atque ita subinde mutare sententiam, *argumento ex l. si ex toto*, §. *si ita*, *ff. de leg.* 1. ubi hæc variatio, & mutatio sententiæ non licet, quia legatum alternatum erat unum: quare cum in nostra specie non sit unum, sed multiplex, consequens est, ut licita variatio sit. Ita etiam accidit in l. *si sterilis*, §. *ult. ff. de actionibus emti*, ubi quidam vendidit domum, & excepit sibi habitationem, donec viveret, aut in singulos annos decem: quo casu electio est emtoris, sive debitoris, juxta regulam Juris in *l. plerumque*, §. *ult. ff. de Jure dotium*. Statuitur ergo, emtorem posse primo anno præstare decem, secundo habitationem, atque ita porro in singulis annis mutare sententiam: quoniam enim ista præstatio annua est, facta in gratiam debitoris, cujus etiam electio est, ideo duæ videntur esse obligationes, ut Bartolus *ibidem* ait: unde variatio permittitur.

Ceterum ubi stipulatio annua est una, vel legatum annuum unum est, satis est stipulatorem, vel legatarium initio capacem fuisse; cum est multiplex, singulis annis capacitas exigitur, *l. Senatus*, §. *ult. ff. de donat. causa mortis*, *l. cum in annos*, *ff. de annuis legatis*, *l.* 1. §. *si in annos*, *ff. ad l. Falc. l. cum in annos*, §. 1. *ff. quando dies legatorum*.

Præterea stipulatio annua, cum est una, pura est in omnibus annis, *l. eum qui ita*, §. *qui ita*, *ff. eod.* §. *at si ita*, *Instit. de verbor. oblig.* & latius ibi diximus. At legatum annuum, ubi multiplex est, primo anno purum est, sequentibus vero annis conditionale, *l. si in singulos*, *ff. de annuis legatis*, *l.* 1. §. *si in annos*, *ff. ad l. Falc.* quippe in sequentibus annis tacite inest conditio, si legatarius vixerit, saltem aliquandiu in principio anni. Itaque primi anni legatum statim a morte testatoris debetur, & legatario moriente, transmittitur ad ejus heredem, quasi purum legatum;

tum: subsequentis vero anni legatum, utpote conditionale, non transmittitur ad legatarii heredem, nisi legatarius in ingressu anni decesserit, *d. l. si in singulos*, *l. a vobis*, *ff. cit. tit.*

Tandem si servo annuum legatum multiplex relinquatur, qui servus post unum, alterumve annum fiat liber, legata in sequentibus annis præstanda sibi acquiret, cùm nova legata sint. Idem est, si relictum fuerit filiosfamilias, qui deinde emancipetur, *l. nec semel*, *ff. quando dies leg.* Secus est in stipulatione annua, cum una est in omnibus annis; nam licet filiusfamilias emancipetur, ususfructus tamen rerum in stipulationem deductarum etiam pro annis post emancipationem decursuris, pater sibi acquiret: & servo manumisso, semper Dominus res stipulatas accipiet; quia id tempus spectatur, quo contrahitur, *l. si filiusfam. ff. eod.*

De Re una ob pretium, vel mercedem.

HÆc tractatio privatim ad venditionem, & locationem pertinet. Et I. quidem circa venditionem, plura invicem distinguenda sunt, in quibus Bart. Zasius, Alciatus, ceterique in *l. scire debemus*, *ff. eod.* varie se implicant. Imò nec ipse, qui Juris nodos, legumque ænigmata solvit, nec ipse, inquam, Cujacius in *l. cum ejusdem*, *ff. de ædil. edict. tract. 6. ad Africanum* recte expedire potuit.

I. Si res una pluribus pretiis vendita sit, plures quoque venditiones celebratæ videntur. Exemplum esto, tres socii communem fundum habent pro indiviso, partibus æqualibus, aut disparibus, eumque fundum vendunt, tribus expressis pretiis, Primus, qui est Dominus trientis, vendit partem suam viginti. Secundus Dominus sextantis, vendit decem. Tertius, cujus est semis, vendit triginta. Non una venditio est, sed triplex, *l. quod autem*, *§. fin. cum l. seq. ff. de in diem addict.*

Pone ergo fundum venditum hac lege, ut si intra tot dies melior conditio offeratur, sit inemtus: quod dicitur in diem addictio; & duo ex sociis venditoribus partes suas secundo emtori addicant ob meliorem conditionem oblatam, tertio non addicente suam; hæc tertia tamen pars apud priorem emtorem remanebit; duæ reliquæ, redditis pretiis, auferentur. Nempe quia ob varia pretia triplex venditio fuit, *d. l. quod autem*, *§. ult.* Quod si uno pretio venditio facta sit, quia una quoque venditio est, addictio nisi in totum fieri non potest, *l. quod si uno*, *ff. cit. tit.*

Quod si variis pretiis venditum sit, emtor tamen ita pactus sit, nisi totum fundum emtum nolle se habere? tum ob addictionem unius partis factam ab uno ex sociis, totum fundum restituet, recepto pretio, *d. l. quod si uno*, *§. Celsus quoque*.

Hæc facile trahi possunt ad reivindicationem. Pone enim iterum fundum tribus pretiis venditum: vindicatur pars primi socii; hic solus de evictione tenetur; quod ex *cit. Jurib.* nemo ambiget.

II. Si plures res non solum difformes, sed etiam uniformes, veluti plura mancipia, plures mulæ, uno pretio vendantur, plures sunt venditiones, *l. & si uno*, *ff. de actionib. emti.* Quod verum est, etiamsi uno nomine plures res comprehendantur, ut si vendita sit polia, idest armentum equuleorum, vel vendita sit familia, quæ ex tribus servis constat, & vendita sit uno pretio, plures venditiones sunt, *l. ædiles 38. §. cum autem*, *vers. nam si polia*, *ff. de ædilitio edicto.* Verum quoque est, tam si per aversionem celebrata venditio sit, id est, si confuse universis mancipiis constitutum pretium fuerit, quam si constituto pretio in singula capita, postea omnium pretia redacta sint in unam summam, *l. si plura*, *ff. cit. tit.*

Itaque ob morbum vitiumve unius mancipii, cetera ex edicto ædilium non redhibentur, sed illud tantum, quod morbosum, aut vitiosum est, *d. l. si plura*, *d. l. 38. §. si plura.* Illud interest, quod ubi pretium confuse constitutum fuit, pro bonitate ejus, quod redhibetur, æstimatio fiet, eaque reddetur emtori, *l. Labeo in princ. ff. cit. tit.* at ubi fuit singulorum certum pretium, restituitur, id pretium, quod conventum de eo capite fuit, *d. l. si plura.*

Excipe I. cum sine magno incommodo, aut pietatis offensa, separari non possunt, ut pater & filius, duo fratres: quippe venditio uno pretio facta pro una haberetur; & pro uno morboso, omnes redhibentur, *l. plerumque*, *l. vel fratres cum seq. ff. cit. tit.*

Excipe etiam, si servi non solum uno pretio venditi sint, sed præterea sani sint promissi, una venditio est, & pro uno non sano omnes

omnes redhibentur, *d. l. Labeo*, §. *idem ait*. Ratio est, quoniam qui sanos promittit, omnes sanos promittit, & videntur servi omnes sub unica comprehensione venire, unum finem respiciente, tanquam si ex destinatione unus corpus efficerent, *l. scire debemus*, §. 1. *ff. eod.* Ita ex eodem Labeone qui servos sistere promittit, omnes promisisse intelligitur, & uno non stato, pœna in solidum committitur, *l. si servus*, §. *si plurium*, *ff. si quis cautionibus*.

Excipe tandem, si duo servi non solum uno pretio, sed pariter emti sunt; una enim venditio est, & altero ante venditionem mortuo, neque in vivo constat emtio, *l. si duos*, *ff. de contrahen. emtion.* Quo textu nixi sunt Veteres cum Bartolo, ad probandum plurium specierum venditionem uno pretio contractam, esse unam. Sed non attenderunt ad verba textus, quæ sunt: *Si duos quis servos emerit pariter uno pretio*, *&c.* Pariter, id est, tanquam pares, cum nisi ambos emtos habere nolit, ut in *d. l. quod si uno*, §. *Celsus quoque*.

III. Si plures servi ejusdem generis sint, veluti mimi, comœdi, tragædi, choreutæ, item jumenta ejusdem generis, ut mulæ pares, quadriga, & similia, quæ separari non possunt, & uno pretio vendantur, una venditio est, & cum unum in ea causa est, ut redhiberi debeat, omnia redhibentur, *d. l.* 38. §. *cum autem*, *in princ.* *&* *in fin. l. cum ejusdem*, ubi Cujac. *ff. de ædilit. edict.*

Obstare videtur *ead. l.* 38. §. *si forte*, ubi jugo mularum vendito uno pretio, tantum mula quæ vitiosa est, redhibetur; cum hoc tamen, ut non ex pretio tantum vitiosæ, sed ex utriusque sit componendum, quanti minoris sit.

Verum aliud est jugum mularum, aliud pares mulæ, ut constat ex *d.* §. *si forte*, *cum seq.* ubi Cajus hæc duo aperte distinguit, & separat, quamvis confundat Cujac. *loc. cit.* nam jugum non necessario paria habet, cum possint sub jugum mitti equus, & mula, ut Hispani facere solent. Itaque in paribus mulis uno pretio, una est venditio, in jugo plures venditiones, *d.* §. *si forte*, *cum seq.*

Sed si vendito Choro, vel quadriga, in singula capita pretium constitutum sit, regula est, ut plures sint venditiones. Excipe, cum manifestum est, non nisi omnes quem emturum, vel venditurum: quod in comœdis, & similibus plerumque præsumitur, quia non nisi omnes habere expedit, *d. l. cum ejusdem*.

IV. Tandem si duo paria mularum sint, quæ uno pretio emta proponantur, & una mula vitiosa sit, vel unum par, tantum par vitiosum redhibetur, alterum non, *d. l.* 38. §. *cum autem*, *vers. sed si duo*; scilicet duæ sunt venditiones.

Obiter monemus, olim socium, ante judicium communi dividundo, sive prædium pro diviso, sive pro indiviso haberet, potuisse partem suam cuicunque vendere, hoc est tam extraneo, quam socio, Diocletianus in *l.* 3. *C. de comm. rer. alienat.* Scilicet, quia nondum vigebat *προτίμησις*, hoc est *prælatio honoris*, quam deinde induxit Flavius Constantinus Magnus, ut Jac. Gothofr. putat, sed sustulit Valentinianus Jun. in *l. dudum*, *C. de contr. emt.* quæ desumta est ex *C. Theod. eod. tit.* ubi *προτίμησις* interpretatur *Honestas*. Eo tamen non obstante, viget apud nos ex Federico I. in *constit. Sancimus*. Hactenus de Venditione, proximum est, ut videamus,

De Locatione.

I. SI locetur prædium in plures annos, certa dicta in singulos annos mercede, una locatio est, nec diversitas præstationum multiplicem reddit contractum.

Constat id ex *l. si uno*, *in princ. ff. locati*, ubi prædium suum quis colono locavit per annos plures, certa statuta mercede. Accidit, ut primus annus, læsis vi majore, id est tempestate, aliove casu fortuito fructibus, sterilis colono esset. Quare locator mercedem ejus anni remisit. Sed variante fortuna, sequentibus annis uberes fructus lecti sunt. Quæsitum est a Papiniano, utrum obesset Domino remissio, an potius integra pensio etiam ejus anni, quo remisit, exigi posset. Et respondet posse exigi, facta compensatione sterilitatis cum ubertate. Ratio decisionis fuit, quia locatio, etsi facta in plures annos, separatis in singulos annos pensionibus, una tamen est, & proinde annus frugiferus compensatur cum sterili; ut *ibid.* notat Ant. Faber; nam si plures essent locationes, certum est unam non compensari cum alia. Hinc ergo, quando Dominus remittit mercedem primi anni sterilis, intelligitur remisisse sub tacita conditione, nisi ubertas sequentium annorum compensationem cum sterilitate fieri exigat, prout est ex natura locationis unæ, *l. ex conducto*, §. 1. *l. si merces*, §. *vis major*, *ff. locati*.

Et notandum est, in *d. l. si uno*, locationem ita factam per plures annos proponi, ut separatæ singulis annis pensiones veniant præstandæ; locatus est enim fundus tot nummis in singulos annos, uti constat ex eo, quod ob sterilitatem unius anni proponatur remissa merces & pensio, & merces ejusdem anni. Unde certum est, pensiones fuisse tot, quot anni.

Constat etiam ex *l. licet, C. de locato*, ubi pariter fundus fuit conductus certis annuis quantitatibus, & dubitatum est, utrum ubertas cum sterilitate compensetur. Ratio dubitandi est in illis verbis, *Certis annuis quantitatibus*, ex quibus poterat videri non una facta locatio, sed plures pro numero annorum, ut ibi Accursius observat in *gl.* 1. & tamen Antoninus Imperator respondet, compensationi locum esse, id est conductionem esse unam. Rationem decisionis ex eo petit Imperator, quia bonæ fidei contractus locatio est; ait enim, *Rationem tui juxta bonam fidem haberi recte postulabis*. Quippe bona fides facit, ut credatur, præstationes fuisse divisas in annos gratia debitoris, ne simul ad totius summæ solutionem urgeretur. Quare pensio est una obligatione, multiplex solutione.

Quod si objicias, stipulatio annua, bima, trima die, non una est, sed dividitur in tres, quot sunt anni, *l. pen.* §. 1. *ff. eod.* Ergo etiam locatio facta tot nummis in singulos annos. Responsio patet ex dictis, nempe id esse verum in stipulatione, quæ est contractus stricti Juris; at non in locatione, quæ bonæ fidei est.

Multo magis erit una locatio, si fiat una mercede, quæ deinde ex pacto dividatur in tot æquales præstationes: ut solent locari domus, exempli gratia, triginta nummis in annum, quorum triens solvitur post quatuor quosque menses. Quo casu nunquam dubitatum fuit, unicam esse locationem, cum una res sit, & una merces.

II. Si una sit domus divisa in plures contignationes, seu cœnacula plura, & locetur aversione, id est, tota uno pretio, Græce ἐφ' ὑμάδα, ut est species textus in *l. & hac distinctio*, ubi Cujacius *tract.* 8. *ad Africa ff. locati*, ubi quidam conduxit insulam aversione, ut eam deinde locaret per singula cœnacula. Potest & opus conduci per aversionem, ut si quis acceptis pro mercede mille, onus assumat construendi mihi domum sua impensa, ut in *l. opus, ff. cit. tit.* Hæc locatio per aversionem in re individua est una, ut in opere aversione locato: in rebus, quæ commode dividi possunt, & ut plures haberi, erit multiplex; nulla enim hic subest disparitatis ratio inter locationem, & venditionem: quare locatio plurium rerum una mercede erit multiplex, ut multiplex est plurium rerum venditio uno pretio, *l. si plura, ff. de ædilitio edicto*.

De Re una, in numero personarum.

Hereditas etiam in plures heredes divisa, una est; nam uni duo pro solido heredes esse non possunt, *l. quod contra*, §. 1. *ff. de reg. Juris*. Non enim dominium esse apud duos pro solido potest, *l.* 19. §. 2. *ff. de Castrensi peculio*: nec plures eandem rem possunt in solidum possidere, *l.* 2. §. 4. *ff. de acqu poss.* ut in *d. l. quod contra*, §. 1. notat Ræverdus. Nec facit, quod quilibet heres repræsentet defunctum, *l. heres, ff. de usucapionibus*; nam quilibet repræsentat totum, sed non in totum, verum pro ea tantum parte, pro qua heres est: sic Prætorum quisque totum P. R. repræsentat, *l.* 3. *ff. de officio ejus*, sed non quisque in totum, cum Prætores per Provincias divisi sint, *l.* 2. §. *cumque Consules, ff. de orig. Jur.*

Eo solum casu quilibet heres repræsentat Testatorem in solidum, quo de re individua agitur, scilicet ob necessitatem, quam natura obligationis inducit, *l.* 2. §. *ex his*, *ff. eod.* Alciatus in *Avenionensi prælectione ad* §. *Cato num.* 41.

Hinc de pluribus heredibus, qui uni patrono succedant, quæsitum est, an quisque unam vocem habeat, an omnes unam? Et quidem Tancredus, Bernardus, aliique Veteres in *cap.* 2. *de Jurepatronatus* crediderunt, in singulos patroni heredes, si plures fuerint, transire Juspatronatus, tanquam rem individuam, in solidum, tam in quantum ad Jus præsentandi, quam in quantum ad cetera omnia, ex *d. l.* 2. §. *ex his*.

Prælata tamen eis deinde est sententia Hostiensis, qui Juspatronatus habens ut rem dividuam, ut ita dicam, obligatione, solutione individuam, docuit plures unius patroni heredes, tanquam causam habentes ab uno, unam quoque vocem obtinere, *Clem. plures, de Jurep.* Et aperte colligitur ex *d. cap.* 2. ubi si propter heredum dissensum

Pre-

Presbyter non præsentetur, vel plures præsententur, Ecclesiæ claudantur ostia, & sigillo consignatur, ne Sacrum Ministerium celebretur, donec omnes pari voto, & consilio unum eligant. Quare Juspatronatus pro re una in numero personarum habendum est; nisi Juspatronatus familiare sit, in quod potius Jure sanguinis, quam hereditario succeditur, Tondutus *tom.* 1. *resp. Canon. cap.* 32. quem vide. Alia via procedit Bellonus *Jure accr. cap.* 6. *quæst.* 48.

Ex his & illud constat, hereditatem esse dividuam. Sicut enim ususfructus, quamvis Jus incorporale sit, tamen quia in Jure nostro attenditur prout relatus ad fructus, propterea simpliciter dividuus existimatur; ita hereditas Jus est, & tamen dividua: dividua, inquam, non modo in quantum ad res hereditarias, sed etiam in quantum ad Jus ipsum, uti constat ex Ulpian. in *l. quoties*, §. *heredes*, *ff. de hered. instit.* ubi hæc habet: *Hæredes Juris successores sunt: &, si plures instituantur, dividi inter eos Jus oportet: quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt*. Ecce ut Jus hereditatis est dividuum, imo inter plures heredes etiam est divisum: quocirca hereditatis XII. unciæ sunt, quæ varie inter plures heredes distribui possunt, *l. interdum*, §. 1. *ff. eis. tit.* Unde est, quod *uni duo pro solido heredes esse non possunt*, *l. quod contra*, §. 1. *ff. de reg. Juris*; quidquid repugnet Hotom. *qq. ill.* 19.

Objicies ex *l.* 1. §. *item si*, *ff. si pars hereditatis*, ubi cum tres uni extitissent ex testamento heredes, qui ex semisse heres erat, possidebat pro diviso non nisi trientem; statutum est, ut pro reliquo, conveniret quemque duorum coheredum (quorum quisque trientem pariter possidebat, cum tamen quisque in quadrante heres esset) conveniret, inquam, in sextantem, sic ut a primo reciperet sextantem, & redderet unciam, item a secundo. Verum ne hic circuitus fieret, in uncia admissa est compensatio cum utroque herede.

Verum ex hoc textu perperam colligunt, hereditatem esse individuam: & nihil ad rem nostram facit. Ratio enim, cur heres in semisse institutus, possidens trientem, agit contra primum coheredem pro toto sextante est, quia si ageret pro uncia, sibi præjudicium faceret; videretur enim heres in quincunce. Opus ergo habet, ut dicat, *Sum heres pro parte dimidia, possideo trientem, deest sextans. Hunc mihi redde*. Verum quia primus hic heres est in quadrante, & non possidet nisi trientem, ideo restituendo sextantem, petet unciam.

Objicies etiam: heres non potest pro parte adire, & pro parte repudiare hereditatem, ita nec pro tempore, *l. Jus nostrum*, *ff. de reg. Juris*. Ergo est individua.

Neganda est illatio; nam ex antecedenti propositione non infertur, hereditatem esse individuam, sed esse unam: nam legatum etiam rei dividuæ nequit a legatario pro parte agnosci, quia unum est, non quia individuum; quare ex heredibus legatarii poterit unus acquirere, alter repudiare, *l. Legatarius*, *in princ. ff. de leg.* 1. ut supra latius.

Verum res individuæ ad heredes pro solido pertinent ad singulos, quia eas lex XII. Tabularum non divisit, quia nec potuit, *l. heredes*, §. *an ea*, *ff. fam. ercisc.* Hinc quia desensio mortis, id est vindicatio, incumbit heredi ejus, qui occisus est, ut dicitur in *l. necessario*, §. *ult. ff. ad Silanianum*; & defensio individua est, *l. in executione*, §. *in solidum*, *l. cum ex causa*, *ff. eod.* propterea unicuique heredum incumbet in solidum.

Ex his resolvitur aliud dubium. Si ex indulgentia Principis, vel lege municipali alicui homicidium remittatur, sub ea lege, ut & remissionem ab heredibus occisi impetret intra certum tempus, quæritur an omnes & singuli heredes remittere debeant, an satis sit major pars? Et verius est, ab omnibus remissionem impetrandam, quia vindicta, seu mortis defensio ad omnes heredes pertinet in solidum; ergo etiam remissio mortis: quippe in contrariis par Jus viget. Et sicut in illo casu attenduntur heredes singuli, ut singuli, ita etiam in isto, Jason, Zasius, & alii in *d. l.* 4. §. *Cato*, Can. cum Felino in *cap. cum omnes*, *de constitutionibus*. Quod verum est, quanquam mentio fiat heredis numero minori, Alciatus in *d.* §. *Cato num.* 79. *cum duob. seqq.* & in *Avenionensi prælectione*, *num.* 168. *cum seqq.* Angelus, quem sequitur Zasius in §. *Cato num.* 55. existimavit, speciale esse in eo casu, quo inter heredes sit aliquis sanguine defuncto conjunctus, quippe hujus voluntati tanquam potioris standum esse voluit, nequidquam heredibus extraneis repugnan-

Et notandum est, in *d. l. si uno*, locationem ita factam per plures annos proponi, ut separatæ singulis annis pensiones veniant præstandæ; locatus est enim fundus tot nummis in singulos annos, uti constat ex eo, quod ob sterilitatem unius anni proponatur remissa merces & pensio, & merces ejusdem anni. Unde certum est, pensiones fuisse tot, quot anni.

Constat etiam ex *l. licet, C. de locato*, ubi pariter fundus fuit conductus certis annuis quantitatibus, & dubitatum est, utrum ubertas cum sterilitate compensetur. Ratio dubitandi est in illis verbis, *Certis annuis quantitatibus*, ex quibus poterat videri non una facta locatio, sed plures pro numero annorum, ut ibi Accursius observat in *gl. 1.* & tamen Antoninus Imperator respondet, compensationi locum esse, id est conductionem esse unam. Rationem decisionis ex eo petit Imperator, quia bonæ fidei contractus locatio est; ait enim, *Rationem tui juxta bonam fidem haberi recte postulabis*. Quippe bona fides facit, ut credatur, præstationes fuisse divisas in annos gratia debitoris, ne simul ad totius summæ solutionem urgeretur. Quare pensio est una obligatione, multiplex solutione.

Quod si objicias, stipulatio annua, bima, trima die, non una est, sed dividitur in tres, quot sunt anni, *l. pen. §. 1. ff. eod.* Ergo etiam locatio facta tot nummis in singulos annos. Responsio patet ex dictis, nempe id esse verum in stipulatione, quæ est contractus stricti Juris; at non in locatione, quæ bonæ fidei est.

Multo magis erit una locatio, si fiat una mercede, quæ deinde ex pacto dividatur in tot æquales præstationes: ut solent locari domus, exempli gratia, triginta nummis in annum, quorum triens solvitur post quatuor quosque menses. Quo casu nunquam dubitatum fuit, unicam esse locationem, cum una res sit, & una merces.

II. Si una sit domus divisa in plures contignationes, seu cœnacula plura, & locetur aversione, id est, tota uno pretio, Græce ἐφ' ὁμαλα, ut est species textus in *l. & hæc distinctio*, ubi Cujacius *tract. 8. ad Africa ff. locati*, ubi quidam conduxit insulam aversione, ut eam deinde locaret per singula cœnacula. Potest & opus conduci per aversionem, ut si quis acceptis pro mercede mille, onus assumat construendi mihi domum sua impensa, ut in *l. opus, ff. cit. tit.* Hæc locatio per aversionem in re individua est una, ut in opere aversione locato: in rebus, quæ commode dividi possunt, & ut plures haberi, erit multiplex; nulla enim hic subest disparitatis ratio inter locationem, & venditionem: quare locatio plurium rerum una mercede erit multiplex, ut multiplex est plurium rerum venditio uno pretio, *l. si plura, ff. de ædilitio edicto*.

De Re una, in numero personarum.

Hereditas etiam in plures heredes divisa, una est; nam uni duo pro solido heredes esse non possunt, *l. quod contra*, §. 1. *ff. de reg. Juris*. Non enim dominium esse apud duos pro solido potest, *l. 19. §. 2. ff. de Castrensi peculio*: nec plures eandem rem possunt in solidum possidere, *l. 2. §. 4. ff. de acqu poss.* ut in *d. l. quod contra*, §. 1. notat Ravardus. Nec facit, quod quilibet heres repræsentet defunctum, *l. heres, ff. de usucapionibus*; nam quilibet repræsentat totum, sed non in totum, verum pro ea tantum parte, pro qua heres est: sic Prætorum quisque totum P. R. repræsentat, *l. 3. ff. de officio ejus*, sed non quisque in totum, cum Prætores per Provincias divisi sint, *l. 2. §. cumque Consules, ff. de orig. Jur.*

Eo solum casu quilibet heres repræsentat Testatorem in solidum, quo de re individua agitur, scilicet ob necessitatem, quam natura obligationis inducit, *l. 2. §. ex his, ff. eod.* Alciatus in *Avenionensi prælectione ad §. Cato num. 41.*

Hinc de pluribus heredibus, qui uni patrono succedant, quæsitum est, an quisque unam vocem habeat, an omnes unam? Et quidem Tancredus, Bernardus, aliique Veteres in *cap. 2. de Jurepatronatus* crediderunt, in singulos patroni heredes, si plures fuerint, transire Juspatronatus, tanquam rem individuam, in solidum, tam in quantum ad Jus præsentandi, quam in quantum ad cetera omnia, ex *d. l. 2. §. ex his.*

Prælata tamen eis deinde est sententia Hostiensis, qui Juspatronatus habens ut rem dividuam, ut ita dicam, obligatione, solutione individuam, docuit plures unius patroni heredes, tanquam causam habentes ab uno, unam quoque vocem obtinere, *Clem. plures, de Jurep.* Et aperte colligitur ex *d. cap. 2.* ubi si propter heredum dissensum

Pre-

Presbyter non præsentetur, vel plures præsententur, Ecclesiæ clauduntur ostia, & sigillo consignatur, ne Sacrum Ministerium celebretur, donec omnes pari voto, & consilio unum eligant. Quare Juspatronatus pro re una in numero personarum habendum est; nisi Juspatronatus familiare sit, in quod potius Jure sanguinis, quam hereditario succeditur, Tondutus *tom.* 1. *resp. Canon. cap.* 32. quem vide. Alia via procedit Bellonus *Jure accr. cap.* 6. *quæst.* 48.

Ex his & illud constat, hereditatem esse dividuam. Sicut enim usufructus, quamvis Jus incorporale sit, tamen quia in Jure nostro attenditur prout relatus ad fructus, propterea simpliciter dividuus existimatur; ita heredittas Jus est, & tamen dividua: dividua, inquam, non modo in quantum ad res hereditarias, sed etiam in quantum ad Jus ipsum, uti constat ex Ulpian. in *l. quoties*, §. *heredes*, *ff. de hered. instit.* ubi hæc habet: *Hæredes Juris successores sunt*: *&, si plures instituantur, dividi inter eos Jus oportet*: *quod si non fiat, omnes æqualiter heredes sunt*. Ecce ut Jus hereditatis est dividuum, imo inter plures heredes etiam est divisum: quocirca hereditatis XII. unciæ sunt, quæ varie inter plures heredes distribui possunt, *l. interdum*, §. 1. *ff. cit. tit.* Unde est, quod *uni duo pro solido heredes esse non possunt*, *l. quod contra*, §. 1. *ff. de reg. Juris*; quidquid repugnet Hotom. *qq. ill.* 19.

Objicies ex *l.* 1. §. *item si*, *ff. si pars hereditatis*, ubi cum tres uni extitissent ex testamento heredes, qui ex semisse heres erat, possidebat pro diviso non nisi trientem; statutum est, ut pro reliquo, conveniret quemque duorum coheredum (quorum quisque trientem pariter posidebat, cum tamen quisque in quadrante heres esset) conveniret, inquam, in sextantem, sic ut a primo reciperet sextantem, & redderet unciam, item a secundo. Verum ne hic circuitus fieret, in uncia admissa est compensatio cum utroque herede.

Verum ex hoc textu perperam colligunt, hereditatem esse individuam: & nihil ad rem nostram facit. Ratio enim, cur heres in semisse institutus, posidens trientem, agit contra primum coheredem pro toto sextante est, quia si ageret pro uncia, sibi præjudicium faceret; videretur enim heres in quincunce. Opus ergo habet, ut dicat, *Sum heres pro parte dimidia, possideo trientem, deest sextans. Hunc mihi redde*. Verum quia primus hic heres est in quadrante, & non posidet nisi trientem, ideo restituendo sextantem, petet unciam.

Objicies etiam: heres non potest pro parte adire, & pro parte repudiare hereditatem, ita nec pro tempore, *l. Jus nostrum*, *ff. de reg. Juris*. Ergo est individua.

Neganda est illatio; nam ex antecedenti propositione non infertur, hereditatem esse individuam, sed esse unam: nam legatum etiam rei dividuæ nequit a legatario pro parte agnosci, quia unum est, non quia individuum; quare ex heredibus legatarii poterit unus acquirere, alter repudiare, *l. Legatarius*, *in princ. ff. de leg.* 1. ut supra latius.

Verum res individuæ ad heredes pro solido pertinent ad singulos, quia eas lex XII. Tabularum non divisit, quia nec potuit, *l. heredes*, §. *an ea*, *ff. fam. ercisc.* Hinc quia defensio mortis, id est vindicatio, incumbit heredi ejus, qui occisus est, ut dicitur in *l. necessario*, §. *ult. ff. ad Silanianum*; & defensio individua est, *l. in executione*, §. *in solidum*, *l. cum ex causa*, *ff. eod.* propterea unicuique heredum incumbet in solidum.

Ex his resolvitur aliud dubium. Si ex indulgentia Principis, vel lege municipali alicui homicidium remittatur, sub ea lege, ut & remissionem ab heredibus occisi impetret intra certum tempus, quæritur an omnes & singuli heredes remittere debeant, an satis sit major pars? Et verius est, ab omnibus remissionem impetrandam, quia vindicta, seu mortis defensio ad omnes heredes pertinet in solidum; ergo etiam remissio mortis: quippe in contrariis par Jus viget. Et sicut in illo casu attenduntur heredes singuli, ut singuli, ita etiam in isto, Jason, Zasius, & alii in *d. l.* 4. §. *Cato*, Can. cum Felino in *cap. cum omnes*, *de constitutionibus*. Quod verum est, quanquam mentio fiat heredis numero minori, Alciatus in *d.* §. *Cato num.* 79. *cum duob. seqq.* & in *Avenionensi prælectione*, *num.* 168. *cum seqq.* Angelus, quem sequitur Zasius in §. *Cato num.* 55. existimavit, speciale esse in eo casu, quo inter heredes sit aliquis sanguine defuncto conjunctus, quippe hujus voluntati tanquam potioris standum esse voluit, nequidquam heredibus extraneis repugnan-

gnantibus. Quæ sententia humanitatis prætextu solidam pervertit Juris rationem.

Nec obstat, quod objicit Bartolus in *d. §. Cato, quæst. ult.* nempe regula *l. quod major, ff. ad municipalem*; nam in iis rebus, quod major pars efficit, omnes effecisse censentur, quæ pertinent ad singulos, uti universos, non etiam in iis, quæ pertinent ad singulos, uti singulos, ut in specie nostra, *l. si autem plures, ff. de aqua pluvia*, *l. per fundum, ff. de Serv. rustic. l. rescriptum, ff. communia prædiorum, cap. quod omnes, de reg. Jur. in 6.*

Procedit ergo regula *d. l. quod major*, in electione, *cap. cum in Jure, de electione*: in concedendis debitori quinquennalibus induciis; nam pari quantitate debiti utrinque inventa, dispari vero creditorum numero, amplior pars creditorum causa humanitatis attenditur, *l. ult. C. de cessione bonorum*, ubi vide latius. In quantum ad regulam, *Quod major pars, &c.* ea insuper intelligitur locum habere, nisi minor pars sanior sit. Ita Panor. in *cap. Ecclesia 2. de elect.* & alii communiter explicant textum in *d. l. quod major, ff. ad municipalem*, ubi vide Gloss. Quod vero attinet ad textum in *l. ult. C. de cessione bonorum*, sermonem habet in benignitate. Et textus in *cap. cum in Jure, de electione* loquitur, nisi in electo adsit aliquod Canonicum impedimentum. Et hæc habuimus dicere pro temporis angustia, de toto hoc tractatu. Ad honorem, & gloriam Sanctissimæ Triadis, quæ una & individua est in substantia, dividua, & triplex in personis.

De rebus creditis, si certum petatur; & De condictione, ad lib. 12. Digestorum tit. 1.

Hanc Rubricam satis per se involutam, suis etiam interpretationibus Doctores involutiorem reddunt. Nos eam ex Cujac. explicabimus in *l. si eum, ff. eod. tract. 2. ad Afric.* Dividitur in partes duas. Prior est, *De rebus creditis, si certum petatur*. Posterior est, *De condictione*. Illa est generalis, hæc specialis.

In priori itaque parte venit *Res credita*, quæ dicitur esse in omnibus contractibus, quos alienam fidem secuti instituimus. Ita pignus dicitur res credita, ut etiam commodatum, *l. 1. §. 1. ff. eod.* item promissio dotis, & stipulatio, *l. 2. §. creditum*, & *§. verbis*. Quod attinet ad mutuum, id stricte & proprie, *creditum* dicitur; unde *in creditum ire*, pro ire in mutuum, *d. l. 2. §. mutui*; & *creditores* illi proprie sunt, qui mutuam pecuniam dederunt, & *debitores*, qui pecuniam mutuam acceperunt, *l. creditores, l. creditorum, ff. de verb. sign. l. omnem obligationem, ff. de judiciis*, *Novell. 4. §. fin. Harmen. 3. Prochiri 5.* Propterea qui indebitum accepit ab eo, qui per errorem solvit, *eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus*, *l. 4. §. is quoque, ff. de O. & A.* hoc est perinde obligatur, ac si mutuum ei datum esset, *§. item is cui, Instit. de obligationibus, quæ quasi ex contractu*. Cujac. 8. *obs.* 34. qui indebitum eleganter *Promutuum* appellat. Quamvis hæc vera sint, tamen in priori hac parte Rubricæ sub nomine *Rei creditæ* mutuum non venit, *d. l. 2. §. creditum*.

Non dissimiliter res credita est, quæ ex contractibus incertis debetur. Incerti contractus sunt innominati, qui quales sint, non apparet, licet ex eis certum debeatur, *l. certi condictio* 9. Alia ratione incerta stipulatio dicitur, ex qua incertum debetur, *l. ubi autem, ff. de verb. obligat.* Incerta actio, ex qua incertum petitur, *l. cum res* 22. *C. de donationibus*. Incerta nomina, quæ ignorantur, *l. 1. ff. de Senatusconf. Maced.* Merill. 3. *obs.* 38.

Ex ultimis etiam voluntatibus, veluti ex causa legati, res credita dicitur. Vide in *l. si eum* 23. Ita quoque si fideicommissarius post restitutam sibi hereditatem velit agere ex Senatusconsulto Tertulliano contra debitores hereditarios, *d. l. certi condictio, §. competit*.

Eodem modo res credita est, quæ ex maleficiis præstanda est; nam ex lege Aquilia, & ex causa furtiva dicimur creditores, *d. §. competit*.

Hæc vera sunt, modo res sit certa: quare in Rubrica additur, *Si certum petatur*: quæ sunt priora verba Edicti Prætoris. Et certum dicitur omnis species, & omnis quantitas, de qua constat qualis, quantave sit, *l. certum est*. Res incorporales incertæ sunt, ut servitutes, possessio; quamvis alio trahat Rævardus in *l. quatenus, ff. de reg. Juris*.

Hinc actio, quæ inde oritur, est *certi Condictio*, *d. l. certi condictio*, quoniam actio personalis est: & ita concipitur: *Si paret eum dare facere oportere*, *§. sic itaque, Instit. de actionib.* At quæritur, unde Condictionis nomen veniat? Et est, quia debitori denunciamus eum dare facere oportere; nam prisca lingua *condicere* est denunciare, ut monet Justinia-

Sinianus in §. *appellamus*, *de action.* & Servius in Virgilium ait, in Jure Augurali condictionem esse denunciationem, cum denunciatur, ut ante diem tertium quis ad inaugurandum adsit, ut *ibid.* Cujacius notat. Ob eandem causam, quando ex stipulatione res certa petitur, certi condictio dicitur, *Instit. de verbor. obligat. in princ.*

Etsi vero *Crediti* appellatione contractus Depositi, Pignoris, & Commodati contineantur, non tamen pro eis datur certi condictio, quia nemo rem suam condicit, *d.* §. *sic itaque*. Sub hac tamen exceptione, nisi dolo malo vel Depositum, vel Commodatum, vel Pignus inficiaretur, qui accepisset, *l. si quis inficiatus*, §. *ult. ff. depositi*, & ita Cujacius in *Paratitlis* hic intelligit textum in *l.* 4. §. *res*, *ff. eod.* ubi, *Res pignori data*, *pecunia soluta*, *condici potest*. Aliter explicat Accursius. Verius est, in omni casu posse Pignus condici, non quidem Condictione certi, sed Condictione Triticaria, si debitor tantum de possessione agat, ut jam dicam.

Condictio certi in pluribus a *Condictione Triticaria* distat, ex Cujacio in *l. centum Capuæ*, *C. de eo quod certo loco*, *tract.* 3. *ad Afric.* Et I. Condictio certi est stricta: at Triticaria Condictio arbitraria est, & rationem admittit loci, temporisque; namque in ea tanti lis æstimatur officio Judicis, quanti merx, vel res debita fuit eo die, vel eo loco, quo dari debuit, *l. ult. ff. de condict. Tritic. l. quoties in diem, & seq. ff. de verbor. oblig.* quæ accipiendæ sunt de condictione triticaria, non de condictione certi. Inde in condictione certi Judex servit scripturæ contractus, *l.* 2. §. *nunc de officio*, *ff. de eo, quod certo loco*. In condictione triticaria Judex non servit formulæ contractus, sed rem æstimat ex suo arbitrio, die, vel loco adjecto, quanti fuit eo die, vel loco, quo dari debuit; modo igitur pluris, quam fuit contractus tempore, modo minoris. Non adjecto die, vel loco, quanti fuit litis contestatæ, vel rei judicandæ tempore, *l. penult. & ult. ff. de condict. tritic.* nam in ceteris rebus immobilibus, aut moventibus, puta fundo, ædibus, homine, spectat rei judicandæ tempus, vel si homo interiesit, mortis tempus.

Et huc pertinet textus in *l. vinum*, *hoc tit.* quia æstimatio vini mutuo dari, peti non potest condictione certi ex mutuo, sed tantum ut vinum æque bonum reddatur, *l.* 3. *ff. eod.* Peti igitur debet condictione triticaria, quæ arbitraria est, & datur ad æstimationem propter varia rerum pretia, *l. ult. ff. de condict. trit.* juncta *l. ult. ff. de eo quod certo loco*, Merillus 3. *obs.* 31.

II. In condictione certi veniunt pecunia numerata, & res omnes corporales, non incorporales, quia incertæ: in condictione triticaria res corporales, & incorporales, tam certæ, quam incertæ, non tamen pecunia numerata, *l.* 1. *ff. de condict. trit.* Cur ita vero? quia condictio triticaria datur ejus rei, quæ petitur, æstimandæ causa: pecuniæ autem una, & certa æstimatio est, *l.* 2. *ff. de in litem Jur. l.* 3. *ff. de eo, quod certo loco*. Non indiget igitur æstimatore. Ceterarum rerum varia, & mutabilis æstimatio est pro diversitate locorum, & temporum, *l. pretia*, §. *ult. ff. ad legem Falcid. d. l.* 3. Inter res incorporales sunt servitutes, & possessio, *l.* 1. *&* 2. *ff. de condict. trit. l.* 25. *ff. de furtis*.

Præterea Triticaria distat ab *Arbitrio de eo, quod certo loco*, ex mutuo, vel ex stipulatione, vel ex testamento, vel ex constituto; quia in triticariam pecunia non venit, in Arbitrariam pecunia venit: nempe quia in triticaria res petita officio Judicis æstimatur: pecunia aut æstimat, non æstimatur, aut certe ejus ubique & semper una eademque æstimatio est. Arbitraria æstimat id, quod interest: cadit autem etiam in pecuniam id quod interest, *d. l.* 3. *ff. de eo quod certo loco*, Cujacius in *Paratitlis*, *ibid.*

Nomen habet a tritico, quia (ut Stephanus Græcus interpres ait) olim in antiqua formula condictionis triticariæ, quoties scilicet sua cuique actioni constituta erat formula, tritici fiebat mentio: propterea quod ei, qui hanc formulam sibi dari primus postulavit, forte res erat de æstimando tritico, Cujacius in *l. si eum servum*, *ff. de rebus creditis*, *tract.* 2. *ad Afric.* & in *Paratitl. de condict. trit.* Non dissimiliter crimen Stellionatus, nomen accepit ex eo, quod primo propositum fuit contra mulierem, quæ vinum, in quo stellio fuerat immortuus, pellici propinavit; nam facies eorum, qui inde biberint, lentigine obducitur, Plinius *lib.* 29. *cap.* 4. Ita conjectat Alciat. 1. *parerg.* 46.

Posterior pars nostræ Rubricæ est *De condictione*. Ita legitur in Pandectis Florentinis, & falso in vulgatis est *De certi condictione*. Et hæc est, quæ proprie ad mutuum pertinet; *Condictio* enim simpliciter dicitur actio

ex.

ex mutuo, ut constat ex §. 1. *Institutionibus quibus modis re contrahitur obligatio*, ibi: *Et ex eo contractu* (mutui) *nascitur actio, quæ vocatur Condictio*. Ita editio Cujaciana, & Theophilus, quanquam in vulgatis sit, *Quæ vocatur certi condictio*. Condictio, seu actio condictitia dicitur etiam, quæ datur in promutuo ad repetendam rem per errorem solutam, ut ibidem habetur. Condictio ex mutuo sub usuris dicitur *Actio Kalendarii* in *l. tutores*, §. *periculo*, *ff. de admin. tutorum*.

Datur etiam Condictio ex consumtione, quæ condictionem ex mutuo imitatur, & a veteribus Jurisconsultis dicta est *condictio de bene depensis*, idest de nummis bona fide consumtis, Theophilus §. *ult. Quibus alienare liceat, vel non*. Veluti si qui acceperunt pecuniam mutuam, Domini facti non sunt; quare sæpe evenit, ut ubi non est condictio ex mutuo, sit condictio de bene depensis. Et plures ex nostro titulo leges ad eam referuntur; nam de ea agitur in *l. rogasti*, §. *ult. ff. eod.* ubi si fugitivus, vel alius servus, contra voluntatem Domini credendo, nummos non facit accipientis: qui si sine dolo malo consumsit, condici ipsi possunt. Ita quoque si fur nummos credendi animo dedit, vel si quis alienos nummos mutuos dedit, consumtis eis nascitur Condictio, *l. nam etsi fur*, *ff. eod. l. si quis pro eo*, §. *si nummos*, *ff. de fidejussoribus*. Ita si pupillus sine tutoris auctoritate crediderit, aut solvendi causa dederit, consumta pecunia, condictionem habet, vel liberatur, *l. non omnis*, §. *ult. ff. eod.* Cujacius in *l. pen. ff. eod. tract.* 8. *ad Afric.*

Præter Condictionem triticariam, & de bene depensis, de quibus jam diximus, agitur in hoc titulo sparsim de Condictionibus aliis; nam de *Condictione ob injustam causam* agitur in *l.* 4. §. *res pignori*, quod satis verba illa innuunt, *& fructus ex injusta causa percepti condicendi erunt*, nempe Condictione ob injustam causam. Agitur de *Condictione sine causa* in *l si cum servum* 23. *l. si & me* 32 Ita quoque de *Condictione indebiti* in *l. cum fundus* 31. §. *servum tuum*. Quæ occasionem dederunt Merillo 3. *obs*. 31. ut verba illa Rubricæ *de Condictione* acciperet non de speciali aliqua Condictione, sed generatim de condictionibus omnibus; quare invertit verba Rubricæ, & ita concipit, *De condictione, & de rebus creditis si certum petatur*, ut nimirum generalia præponantur. Alii aliter aut immutant, aut explicant. Sed a jam dictis recedendum non est.

De Pactis in continenti adjectis; ad textum in l. lecta 40. ff. eod.

Lex hæc desumta est ex Paulo *lib.* 3. *quæstionum*, & multa habet, quæ pro sententia ejus recte percipienda, perpendi debent: multa etiam quæ tanquam πάρεργα insunt. Et in partes quinque tribuitur. In prima Cautio proponitur. In secunda, facti species, & decisio Pauli, ibi, *Quæsitum est*. In tertia, objectio, ibi, *Pactum vero*. In quarta responsio Pauli, ibi, *Sed cum fortis*. In ultima demum exceptio. De singulis distincte, & per partes subjiciendo verba textus, agendum est.

Cautio.

Paulus: *Lecta in Auditorio Æmilii Papiniani Præfecti Prætorio Jurisconsulti Cautio hujusmodi. Lucius Titius scripsi me accepisse a P. Mævio xv. mutua, numerata mihi de domo sua. Et hæc xv. proba recte dari Kalend. futuris, stipulatus est Publius Mævius, spopondi ego L. Titius. Si ea die suprascripta summa P. Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit; tunc eo amplius, quo post solvam, pœnæ nomine, in dies 30. inque denarios centenos, denarios singulos dari, stipulatus est P. Mævius, spopondi ego L. Titius. Conventique inter nos, ut P. Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios tricenos ex omni summa ei, heredive ejus.*

Hæc est cautio lecta, ut Paulus ait, in Auditorio, seu Assessorio Papiniani, qui fuit Præfectus Prætorio, id est, Palatio Principis, sub Antonino Caracalla; Prætorium enim est omnis ampla domus, & præcipue Aula Principis; cujus Præfectus potestatem habet nulli æqualem, & vice sacra judicat, ut ait Cassiodorus 6. *variar.* 3. ut propterea a sententiis ipsius ad Principem provocare non liceet, *l.* 1. *ff. de officio Præfecti Prætorio*. Huic in his adsimilis est apud nos Præses S. C. qui de causis vice Principis cognoscit, & Jure extremæ provocationis utitur. Adsidebant autem Papiniano Paulus & Ulpianus ut ex Lampridio habetur: & quidem de Paulo constat ex nostra præsenti lege.

Ceterum Cautionis propositæ quatuor partes sunt. In I. habetur Confessio mutui: fatetur enim Titius se a Mævio 15. mutua acce-

pisse; & tamen ex sequentibus habetur, summam fuisse majorem, quam 15. & ad multa denariorum centena se extendisse. Alciatus 3. *dispunctionum* 2. interpretatur 15. sestertia, quæ sestertia a Veteribus notata sunt duabus literis H. S. quæ videntur in nostro textu per incuriam omissæ. Valet autem sestertium quodque ducatos 25. seu nummos mille: quare sestertia 15. sunt nummorum quindecim millia. Itaque posses in nostro textu etiam legere 15. *millia*, intelligendo, *nummorum*, quæ summa conficit denarios 3750.

At verò Accursius interpretatur XV. millia denariorum; quod sequitur Cujacius *lib. 3. qq. Pauli*: quippe in toto hoc idiochiro semper denariorum mentio fit, nunquam nummorum, aut sestertiorum. Et ita facilius emendatur noster textus superponendo temonem notæ illius numeri quindecim, ita XV.nam temonis superpositio est millium adsignificatio. Ita etiam emendandus est textus in *l. si testamento*, §. *quod si duo*, *ff. de fidejuss.* ubi XX.est positum pro XX. & X. pro X. ut constat ex eo, quod *eadem lex* subjicit deinde expresse *quinque millia*, tractans eandem speciem, ut est in Pandectis Florentinis. Idem erratum est in *l. debitor*, *ff. de negotiis gestis*, & in *l. duo*, *ff. pro socio*.

Hanc summam Mævius mutuam dedit, & numeravit *de domo sua*, ut Paulus ait, ad discrimen ejus pecuniæ, quam quis solvit per argentarium, apud quem eam fœnori locandam deposuit, *l. si quis ex argentariis*, §. *rationem*, *ff. de edendo*, *Nov.* 136. *de argentariorum contractibus*. Quod hic dicitur *de domo sua*, id ex *area sua* est in *l. quidam*, *ff. de constit. pec.*

II. In Cautione habetur stipulatio sortis creditori reddendæ Kalend. futuris, idest proximis, in hæc verba: *Et hæc* XV. *proba recte dari Kal. futuris stipulatus est P. Mævius, spopondi ego L. Titius: Proba*, nam qui reprobos nummos solvit, minime liberatur, *l. eleganter*, §. 1. *ff. de pignor. act. Recte*, id est boni viri arbitratu *l. hæc verba* 75. *ff. de verb. sign.*

Quæres, quidnam in reddendo mutuo stipulatio operetur. Videtur enim frustra interponi; quippe ea omissa, mutuum petitur certi condictione, §. 1. *instit. quib. modis re contrahitur obligat.* ea vera adhibita, certi adhuc conditio oritur, cum res mutuo data certa sit, *instit. de verb. oblig. in princ.* Et utraque stricti Juris est, §. *actionum*, *Instit. de actionibus*. Utilitas tamen est, quia ubi numerationi ex continenti stipulor pecuniam dari, non oritur obligatio ex mutuo, sed ex stipulatione, & ex ista agam, non ex illo, *l. 6.* §. 1. *cum l. seq. ff. de novationibus*; quare nihil opus habeo discutere mutuum, cum sit satis stipulationem producere. Præterea in specie nostra tempus reddendi additum est, id est, in Kal. futuris; & hujus temporis gratia recte etiam stipulatio subdita est, & non quidem in gratiam creditoris, sed debitoris. Nam si fingas tempus nudo pacto additum, utique creditor ante tempus recte aget; nam pactum actionem non tollit, nec posset a debitore repelli, nisi opposita ex jure Prætorio pacti exceptione, *l. Jurisgent.* §. *sed cum nulla*, *ff. de pactis*. Quæ exceptio ante litem contestatam opponi deberet, cum dilatoria sit, *l. filiusfam.* §. *veterani*, *ff. de Procuratoribus*, *l. fin. C. de exceptionibus*. At cum pacto addita stipulatio est, creditor ante tempus statutum actionem non habet, & reus ipso Jure tutus est; & si exceptione uti vellit, eam tanquam peremptoriam, recte usque ad sententiam opponet, *l.* 4. & 8. *C. cit. tit. l.* 2. *C. sententiam rescindi non posse*. Utroque tamen casu actori, quia plus tempore petit, ex constitutione Zenonis duplicantur induciæ, §. *hodie*, *Institut. de except.*

III. Idiochirum continet alteram stipulationem, quæ est de usuris præstandis ex mora, si pecunia credita Kal. proximis soluta non sit. Et est in gratiam creditoris, & habetur illis verbis: *Si ea die suprascripta summa P. Mævio, eive, ad quem ea res pertinebit, data, soluta, satisve eo nomine factum non erit: tunc eo amplius, quo post solvam, in dies 30. inque denarios centenos, denarios singulos dari stipulatus est P. Mævius, spopondi ego L. Titius*: Quoties stipulationi generatim adjicitur, *Eive, ad quem ea res pertinebit*, & arrogatorum, & eorum, qui Jure nobis succedunt, personæ comprehenduntur, id est heredes, & bonorum possessorem *l. plura*, §. 1 *ff. de O. & A.*

Usuræ igitur in hac specie sunt denarii singuli in centenos, in dies 30. id est quoquo mense; nam creditores cuique mensi non imputant, nisi dies 30., *l. si ita quis promiserit*, *in princ. ff. de verb. oblig.* Quippe olim creditores stipulabantur usuras in Kal. singulas: unde Kalendarii nomine in Jure nostro significantur pecuniæ fœnebres, *l. pen. ff. eod.* & condictio ex mutuo sub usuris

dicitur *actio Kalendarii*, *l. tutores*, §. *periculo*, *ff. de admin. tutor.* Solebant tamen dies solutionis differre in Idus, *l. si ex pluribus*, §. *de solutionibus*. Horatius:

Omnem relegit Idibus pecuniam,
Quærit Kalendis ponere.

Interim non negamus, aliquando usuras fuisse annuas, *l. cum quidam*, *in princ. ff. de usur.*

Porro denarii singuli in centenos quolibet mense efficiunt usuram centesimam, quæ est duodecim nummorum singulis annis in singulos centenos, ultra quam usuram stipulari non licuit, *l. si pro mutua*, *C. eod. l.* 4. *ff. de nautico fœnore*. Dicta est centesima, quia centesimus nummus quolibet mense rependitur. Harmenopulus 3. *Prochriri* 7.

Hinc apparet, falso in vulgatis libris legi: *In dies* 25. *in denarios centenos denarios singulos*, ut etiam legit Alciatus; nam si ita esset, tunc in XII. mensibus pro singulis centenis usuræ excederent centesimam duabus unciis cum duabus quintis. Perperam Alciatus scribit, excessum esse in duabus tantum unciis: & tamen Alciatus deridet Doctores, quod hujus legis calculum ponere nescriverint. Jam autem diximus, usuras ultra centesimas improbari.

In Pandectis Florentinis legitur, *In dies triginta quinque denarios centenos*, *&c.* Quod si recipias, fœnus in XII. mensibus pro singulis centenis erit sextans cum duabus septimis: quod est infra centesimum. Sed hæc lectio palam corrupta est, quia deficit articulus *In*, ante *denarios centenos*. Quare omnino legendum est, *In dies triginta*, *inque denarios centenos*, ut posuimus Cujacium secuti.

In usuris necesse fuit, stipulationem adjicere; nam pecuniæ creditæ usuræ, nisi in stipulationem deductæ sint, non debentur, nihil suffragante pacto, quod de usuris præstandis ex continenti adjectum est, *l. Titius*, *ff. de præscripr. verbis*. De qua re latius infra.

Demum hic usuræ post moram promittuntur *Pœna nomine*, ut sunt verba Cautionis. Quod observandum est, quia infliguntur usuræ, quasi pœna sit; statuuntur enim in pœnam debitoris, non ob lucrum creditoris, *l. cum quidam*, §. *si pupillo*, *ff. de usuris*.

IV. In Cautione post stipulationes fortis, & usurarum, ex continenti adjectum est pactum nudum, quo ejus fortis solvendæ dies mutata est; pacti enim sunt inter se debitor, & creditor, ut non Kal. proximis, ut in prima stipulatione caverant, debitor totam fortem solveret, sed singulis mensibus denarios trecentos tantum, quoad explesset summam XV. millium denariorum. Quæ pensiones menstruæ collectæ in unam summam, efficiunt quotannis tria millia & sexcentos, & explent fortem totam anni quinti mense secundo, id est mense quinquagesimo. Quod si ponas cum Alciato summam creditam fuisse denarios 3750. Ergo si menstrui refunduntur denarii 300. post annum supererunt denarii 150. qui videntur solvendi intra dies 15. mensis XIII. Alciatus tamen ait, hac ratione fortem annua die restitui. Quod falsum est.

In hoc pacto nudo actum est tantum de forte solvenda divisis pensionibus, & nihil de usuris expressum est; nam ita verba habent: *Convenitque inter nos*, *ut P. Mævio ex summa suprascripta menstruos refundere debeam denarios trecentos ex omni summa ei*, *heredive ejus*. Et hactenus de Cautione.

Facti species, *&* *dicisio Pauli.*

PAulus. *Quæsitum est de obligatione usurarum*; *quoniam numerus mensium*, *qui solutioni competebat*, *transierat*. *Dicebam*, *quia pacta in continenti facta*, *stipulationi inesse creduntur*, *perinde esse*, *ac si per singulos menses certam pecuniam stipulatus*, *quod tardius soluta esset*, *usuras adjecisset*. *Igitur finito primo mense*, *primæ pensionis usuras currere*: *&* *similiter post secundum*, *&* *tertium tractum*, *usuras non solutæ pensionis crescere*: *nec ante fortis non soluta usuras peti posse*, *quam ipsa fors peti potuerit*.

Finge ergo pro facti specie, transiit primus mensis a die contractus, seu pacti, & debitor primam pensionem; id est primos trecentos denarios non solvit: & ita etiam in sequentibus mensibus accidit, ut debitor semper a solutione pensionum cessaverit. Quæsitum in Auditorio Papiniani est, ex quo tempore usuræ deberentur, an scilicet deberentur usuræ totius summæ ex die constituta in secunda stipulatione, id est, Kal. proxime futuris; an potius deberentur usuræ singularum pensionum a die in pacto apposita, id est a fine cujusque mensis?

Et Paulus ait, deberi a die pacto comprehensa, id est transacto primo mense currere ex mora usuras tantum primæ pensionis, id est trecentum denariorum: præterito altero

mense,

mense, incipere tum cursum usurarumque alterius, pensionis, & ita porro. Nempe, quia pactum reformat secundam stipulationem, & differt solutionem sortis, id est, facit, ut sors XV. amplius non recte petatur Kalend. proximis, sed ut petatur per partes singulis mensibus trecenti denarii: inde fit, ut pactum differat etiam usuras, id est ut usuræ non debeantur, nisi pro rata parte pensionum sua die non solutarum; nam, ut Paulus ait, non potest peti usura sortis, nisi & sors ipsa peti possit, ut etiam habetur in *l. cum post.* §. *usuras*, *ff. de Jure dotium.* Et quod de tota sorte dicitur, verum est quoque de parte, idest, ut eatenus tantum usura peti possit, quatenus & sors.

Dubium tamen est, quia pecuniæ creditæ usuræ, nisi in stipulationem deductæ sint, non debentur, *l. Titius*, *ff. de præscriptis verbis*. Et hoc est discrimen inter contractus bonæ fidei, & stricti Juris, ut in contractu bonæ fidei, exempli gratia, in deposito, usuræ ex pacto statim adjecto debeantur: at in contractu stricti Juris, uti est mutuum, usuræ non debeantur, nisi per stipulationem, *l. Lucius Titius*, *ff. depositi*.

Huic tacitæ objectioni respondet Paulus, cum ait, *Pacta in continenti facta stipulationi inesse*. Quod a nemine hactenus animadversum est. Et sensus est, pactum, quod statim stipulationi subditur, haberi ac si in ipsa stipulatione comprehensum esset, seu tamquam si ipsum quoque in stipulationem deductum esset. Quare cum in specie proposita ex pacto dicantur dilatæ usuræ, videntur dilatæ ex stipulatione. Doctores tamen aliter, atque aliter, prædicta Pauli verba explicant, & magnæ turbæ inter ipsos ortæ sunt, quibus legi huic potius tenebras, quam lucem intulerunt; adeo ut vulgo dicatur *Lex lecta, non intellecta*. Operæ tamen pretium erit, videre.

QUÆSTIO UNICA.

Utrum Pactum in continenti adjectum insit non solum ex parte Rei, sed etiam Actoris.

EA pacta dicuntur ex parte Actoris inesse, quæ ei actionem tribuunt. Qua in re Cujac. 10. *obs*. 24. & Faber *epist*. 2. *ad Valentiam*, volunt distingui inter producere, seu parere, & formare actionem, ut formare actionem sit, actionem, quæ ex contractu oritur, extendi etiam ad pactum: at producere seu parere actionem, sit prodesse quidem creditori ad agendum, sed ut non ei tribuat eam actionem, quæ descendit ex contractu nominato, cui pactum adjectum est, sed aliam, tamquam ex contractu innominato, nempe præscriptis verbis, & in factum. E diverso dicuntur inesse ex parte rei pacta, quæ ipso Jure reum tutum faciunt, qui propterea opus non habet uti exceptione pacti; nam pactum, quod exceptionem tantum tribuit, contractui non inest, ut patet ex nostra lege §. 1. *cum seq.* Ergo cum inest, reo non est necessaria exceptio, sed mero Jure tutus est, Cujac. hic, & 10. *obs*. 24.

Præterea pacta, quæ insunt, ea dant legem contractui: & insunt ea tantum, quæ in continenti apposita sunt, *l. Jurisg.* §. *idem Marcellus*, *ff. de pactis*. In continenti, est illico, nullo actu interjecto, qui alienus sit ab eo negotio, quod geritur, *l. 12. ff. de duob. reis*.

His positis, separandi sunt contractus bonæ fidei a contractibus stricti Juris; non enim par & æqualis in utrisque difficultas est.

Primo itaque pacta ex continenti subsecuta in judiciis bonæ fidei insunt etiam ex parte Actoris, & formant ipsam actionem, *l. Jurisg.* §. *quinimo*, *cum 4. seqq. ff. de pactis*, *l. in bonæ fidei*, *C. eod. tit.* Pone, vendidi tibi fundum, & ex pacto in continenti convenit mihi tecum, ut quandocunque, vel intra certa tempora ego, heresve meus obtulerit tibi heredive tuo idem pretium, fundum revendas, & restituas; pactum id inest contractui, & format actionem. Quare si mihi parato præstare pretium, recuses revendere, agam contra te actione ex vendito, licet pactum extra contractum venditionis sit, *l. si sterilis*, §. *si tibi*, *ff. de actionib. emti.* Imo si velim, licet mihi etiam præscriptis verbis actionem proponere, quasi fecerim, id est, vendiderim, ut facias, id est, revendas, *l. 2. C. de pactis inter emtorem*. Cum utor actione ex vendito, pactum format actionem; cum præscriptis verbis, pactum producit actionem, sed non format.

Hæc vera sunt etiam in pacto de usuris ex contractu bonæ fidei præstandis; nam si deposui apud te 100. & paciscar in continenti, ut te non reddente depositum, præstes usuras, lex contractus servanda est; & actione depositi petam usuras, *l. Lucius Titius*, *l. Publia*, §. 1. *ff. depositi*, *l. cum quidam*, §. *ex locato ff. de usuris*, *l. initio*, *C. de pactis inter emtorem*.

Horum omnium ratio est, quia bonæ fidei contractus eandem formam habent, quam pacta, id est consensum, *l.* 1. & 2. *ff. de pactis*: propterea facile pactum cum ipso contractu miscetur: & quia judicia bonæ fidei laxiora sunt, & verba illa Prætoris, *ex bona fide*, vel *ut æquius melius*, liberam potestatem arbitrandi Judici concedunt, Hotomanus in §. *actionum*, *institutionibus de actionibus*. Et constat aperte ex *d. l. Lucius Titius*, ibi: *Et est quidem constitutum in bonæ fidei judiciis, quod ad usuras attinet, ut tantundem possit officium arbitri, quantum stipulatio*. Et *Arbiter* hic est Judex, qui in causis bonæ fidei sedet. Excipe casus *l. quod si locus*, *ff. de religios.* & *l. servus ea lege*, *ff. de servis export.* & *l. avia*, *ff. de Jure dotium*.

Ex eo vero, quod pactum actionem format, dicitur non solum inesse contractibus bonæ fidei, sed etiam inesse bonæ fidei judiciis; nam inesse contractui, est, quod pactum transit in contractum: inesse judicio, est, quod format actionem, *d.* §. *Quinimo*, Fab. *d. ep.* 2. *resp.* 4. *in princ.*

Quod si pacta addantur contractibus bonæ fidei ex intervallo, hæc vel adjiciunt, vel detrahunt. Quæ detrahunt, insunt contractui, & quidem utraque ex parte; nam & actionem tribuunt Actori, & reum ipso Jure tutum reddunt, etiam non opposita exceptione pacti. Quæ adjiciunt, non insunt, nec ex parte Actoris; quia ei actionem non tribuunt, nec ex parte rei, quia tametsi ad exceptionem proficiant ex edicto Prætoris, *Pacta justa servabo*, tamen exceptionem opponi necesse est, nec ipso Jure tutus est reus, *l. pacta conventa*, *ff. de contr. emt.* ubi & illud habetur, hæc certa esse de pactis, quæ sunt de adminiculis contractus. DD. *accidentalia*, seu *naturalia* vocant, ut exempli gratia, in contractu emtionis pactum, ne cautio duplæ præstetur, ne venditor de evictione teneatur, detrahit adminiculis, & inest, quamquam ex intervallo adjectum: pactum vero, ut fidejussor præstetur, adjicit emtioni, & non inest. Vide Cujacium 2. *obs.* 15. & 14. *obs.* 28. Ratio discriminis præstatur a Fabr. *loc. cit.* nempe quia pactum detrahens est in eadem materia, adjiciens in alia.

Quod si pactum adjiciens, vel detrahens, non sit de adminiculis, sed de substantia contractus, tunc per pactum videtur recessum a Priore contractu, & novus contractus celebratus. Puta de substantia emtionis est res; consensus, & pretium. Fac igitur, pacto augeri, vel diminui pretium, nova emtio est, revocata priore, *d. l. pacta conventa*.

II De pactis in continenti adjectis contractui stricti Juris major difficultas est. Sed dubia a certis separanda sunt.

Nam ea pacta inesse ex parte rei, dubium non est. Et palam fit ex Paulo hic; nam quia ex continenti pacti sunt debitor & creditor inter se, ut non Kal. proximis, ut caverant initio, debitor totam sortem solveret, sed singulis mensibus denarios trecentos tantum; inde Paulus ait, pactum non solum prodesse ad exceptionem, sed etiam inesse contractui stricto, seu stipulationi; ita ut debitor ipso Jure tutus sit: non enim amplius debet neque sortem, neque usuras ex Kal. proximis, sed in fine cujusque mensis debet tantum trecentos denarios, & ab eo etiam tempore usuræ singularum pensionum cursum suum ordiuntur. Hæc tantum Paulus habet, non etiam, ut pactum Actori actionem tribuat, quod recte *ibid.* Cujacius monet, *lib.* 3. *qqu. Pauli*.

Palam fit etiam ex *l.* 4. §. *ult. ff. de pactis*, ubi stipulationi puræ, *Decem dari*, statim subjectum est pactum conditionale, ut donec usuræ solverentur, sors ne peteretur, idem Paulus ait, *conditionem inesse stipulationi, atque si hoc expressum fuisset*; id est Actorem amplius non posse petere decem, cum ei usuræ solvuntur, & reum ipso Jure tutum esse.

Tota igitur difficultas est, utrum pacta adjecta in continenti contractibus stricti Juris, insint etiam ex parte Actoris? Et quidem Bartolus, quem ceteri sequuntur in *d.* §. *quinimo*, voluit inesse contractui, & formare actionem, ut nullum hac in re sit discrimen inter contractus bonæ fidei, & stricti Juris.

At vero Faber varie distinguit hic, & in *d.* § *quinimo*, & late in *Epistolis ad Valentiam*. Docet enim, regulam esse, ut insint ex parte Actoris, ita ut producant actionem, non etiam forment. Finge, dedi tibi mutua decem, ut pro me Romam ires. Ait, id pactum producere mihi creditori actionem, ut te compellam ire Romam; at non agam actione, quæ ex mutuo, qui est contractus stricti Juris, descendit, hoc est non agam

cer-

certi condictione; nam cum hæc actio stricti Juris sit, ex Prætoriæ formulæ duritie, nequit extendi ultra fines contractus, exempli gratia, ultra quam numeratum est. Est autem extra causam numerationis, ut pro me Romam eas. Deficiente igitur actione stricta, agam præscriptis verbis, cui locus esse solet, cum vulgares, & usitatæ actiones desunt, *l. 2. cum sequ. ff. de præscriptis verbis.* Excipit ab hac regula Faber stipulationem, quæ licet strictissima sit, proprio tamen hoc Jure uti docet, ut pacta omnia ei adjecta ex continenti, sive adjicientia sint, sive detrahentia, non solum insint stipulationi etiam ex parte Actoris, ad producendam actionem, sed etiam ut forment actionem ex stipulatione competentem, sive certi condictio sit, ut cum certum est, quod petitur: sive ex stipulatu, ut cum incertum est. Quare concludit, fieri posse, ut quod principaliter in stipulationem deductum est, petatur certi condictione, quia certum est: quod vero est deductum in pactum, petatur ex stipulatu. Et probat id ex nostra *l. lecta*, ubi generatim dicitur, Pacta in continenti facta inesse stipulationi.

Alia est Cujacii sententia hic, & *10. obs. 24.* pacta nullo modo inesse contractibus stricti Juris ex parte Actoris, neque ad pariendam, neque ad formandam actionem, licet in continenti adjecti. Quam sententiam Cujacius hausit ex Jurisconsultis Græcis, id est ex Stephano in *l. rogasti*, §. 1. *ff. eod.* & ex nostris ex Paulo Castrense hic. Eam sequitur Valentia, & tuetur in *epistolis ad Fabrum*. Et vera est.

Et probatur I. ex *l. Titius*, *ff. de præscriptis verbis*, ubi ex Aphricano habemus, pecuniæ creditæ usuras, nisi in stipulationibus deductas, non deberi, nihil suffragante pacto, quod de usuris præstandis ex continenti adjectum est. Cur ita? nempe quia sumus in pecunia credita, id est in mutuo, qui est contractus stricti Juris: & pactum de usuris nequit creditori tribuere actionem, ut ipsæ sibi præstentur; quare pactum istud, licet in continenti adjectum, nihil operatur, non inest: Idem habetur ex *l. idemque*, §. *si quis*, & ex *l. qui negotia*, *ff. mandati*, ex *l. si pro patre*, §. *sed utrumque*, *ff. de in rem verso*, & ex *l. 3. C. de usuris*. Id quod diximus, clarius elucescit ex comparatione cotractuum bonæ fidei; nam si venditioni, exempli gratia, adjiciatur in continenti pactum, ut emtor, donec pretium solverit, præstet usuras, usuræ istæ ex pacto debentur, *l. Lucius Titius*, *l. Publia*, §. 1. *ff. depositi*, *l. cum quidam*, §. *ex locato*, *ff. de usuris*, *l. initio*, *C. de pactis inter emtorem*. Utroque casu agitur de usuris, & illis quidem conventis pacto in continenti adjecto. Quæ ergo est ratio disparitatis? Certe non alia, nisi quia pactum in continenti factum in contractu bonæ fidei inest etiam ex parte actoris, in contractu stricti Juris non inest.

His omnibus legibus Faber opponit textum in *l. frumenti*, *C. de usuris*, ubi habetur, *Frumenti, vel hordei dati accessio etiam ex nudo pacto præstanda est*. Loquitur textus de contractu stricti Juris, uti mutuum est, cui pactum nudum de usuris præstandis adjectum est; & tamen Alex. Imperator ait, usuras, seu accessiones præstandas esse. Itaque Faber eo confugit, ut distinguet inter usuras pecuniæ creditæ, quod in specie *Fœnus* dicitur, & inter usuras Frugum, quæ appellantur *Accessiones*; & fœnus ait esse quid odiosius, quam ut citra stipulationis vinculum deberi possit, quia pecunia non gignit pecuniam: at fruges gignunt fruges, & ea propter accessiones, ut minus odiosas ex pacto posse peti. Quod etiam docuit Balduinus in *Justin. lib. 1. pag. 65*.

Verum hæc ratio minime procedit; nam si odium fecit, ut pecuniæ creditæ usuræ citra stipulationem non petantur; cur, quæso, id tantum est in contractibus stricti Juris? cur non etiam in illis, qui bonæ fidei sunt, in quibus petuntur ex pacto in continenti adjecto? Deinde licet verum sit fruges gignere fruges, tamen vinum non gignit vinum, nec oleum gignit oleum; quippe usuræ hujusmodi in duplici genere sunt, aliæ arentes, ut tritici, hordei; aliæ humentes, ut vini, olei, *l. quæcunque C. Theod. de usuris*: & tamen in utrisque idem Jus est; nam in utroque casu licet usuræ nomine dimidium petere, ut ibidem Constantinus statuit. Quæ usura est major legitima: est enim sesquialtera, *hemioliam* vocant Concilium Laodicenum *Can. 4.* & Nicenum *Can. 17.*

Itaque duo distinguenda sunt. Aut quærimus, cur usuræ frugum sint majores legitimis; & id facit incerti pretii ratio, ut dicitur in *l. oleo*, *C. de usuris*. Aut quærimus, cur pacto peti possint, etiam in mutuo; & in

i. causa est, quia eo casu mutuum speciem exhibet contractus bonæ fidei, id est emtionis; ut recte ait Salmasius de *ration. usurarum pag.* 354. & constat ex *l. periculi pretium, ff. de nautico fœnore*, ubi ex causa periculi licet obligationem augere etiam pacto sine stipulatione, idque augumentum appellatur *pretium periculi*, id est quasi emtio venditio sit, ubi pretium solummodo intervenit.

Probatur II. ex *l. rogasti, §. 1. ff. eod.* quæ docet, si tibi decem mutua dedero, ut undecim debeas, a me amplius quam decem condici non posse. Idem habetur in *l. si tibi, in princ. ff. de pactis*. Nempe, quia mutuum est contractus stricti Juris: & contractibus strictis pacta subjecta ex continenti non valent ad agendum. E contrario, si tibi decem dederim, ut novem debeas, ipse amplius ipso Jure non debes, quam novem, *d. l. rogasti, §. 1.* Et recte, quia hic pactum est in gratiam debitoris, & propterea contractui inest.

Eadem ratio est in similibus, ut puta si crediderim tibi decem metretas vini veteris, & pacto in continenti apposito convenerit inter nos, ut totidem metretas vini novi reddas. Nam cum vinum novum ceteris paribus deterius sit vino veteri, inde fit, ut pactum istud sit in favorem debitoris, & per consequens contractui insit, ut est communis opinio apud Vultejum in §. 1. *Institutionibus, quibus modis re contrahitur obligatio*.

Alio se vertit Faber, qui pactum, ut datis decem, recipiantur novem, ideo valere putat, quia est detrahens: ideo autem non valere, ut recipiantur undecim, quia est addens. Quæ ratio nequit recipi; etenim pacti addentis, vel detrahentis distinctio non attenditur, nisi in pactis ex intervallo appositis, & tantum in contractibus bonæ fidei, *l. pacta conventa, ff. de contr. emt.* nam in contractibus strictis pactum ex intervallo nunquam inest, & prodest reo solum ad exceptionem, *l. 3. ff. de rescind. vendit.* Nobis vero sermo est de pactis in continenti adjectis, in quibus solum attenditur, utrum insint, an secus, ut hic, & in *l. 4. §. ult. l. Jurisg. §. quinimo, ff. de pactis, l. in bonæ fidei, C. eod. tit.* Nec facit, quod in *d. l. rogasti, §. 1.* dicatur, *Te ipso Jure*, non amplius, quam novem debere; nam cum pactum inest ex parte rei, non ipsi prodest ad solam exceptionem, ut perperam objicit Faber, sed eo debitor est ipso Jure tutus, ut jam dictum est.

Probatur III. ratione, quia in contractibus stricti Juris, ut nomen ipsum demonstrat, Jus strictum locum habet, quod non patitur, ut ex pacto nascatur actio, *d. l. Jurisg. §. idem Marcellus*. Secus est in contractibus bonæ fidei, ubi officium Judicis tantum pacto in continenti addito tribuit, quantum tribueret stipulatio, ut dicitur in *l. Lucius Titius, ff. depositi*. Hinc recte Ulpianus in *d. l. Jurisg. §. quinimmo*, loquens de pactis, quæ formant actionem, & insunt etiam ex parte actoris tantum de Judiciis bonæ fidei meminit, illis verbis: *Quinimmo interdum format ipsam actionem, ut in bonæ fidei judiciis; solent enim dicta pacta conventa inesse bonæ fidei judiciis, &c.*

Neque vero ulla contra lex est, quæ id genus pacti probet in contractibus strictis valere etiam ad agendum, quod est inesse ex parte actoris.

Non enim id probat *l. si ita quis promiserit, §. Seja, ff. de verbor. oblig.* Species est: Seja hortos emit suis nummis, sed mandato Titii: ac deinde Titio stipulanti cavit, se hortos tradituram, cum is pretium omne cum usuris solvisset. Demum inter utrumque in continenti convenit, ut Titius pretium cum usuris solveret intra Kal. Apriles primas, & hortos acciperet. Scævola ait, Titium, si non multo post Kal. Apriles pretium offerat cum usuris, nec ulla in ea modici temporis mora sit captio Sejæ, recte agere ex stipulatu hortos sibi dari oportere.

Ex quo textu deducunt, pactum stipulationi subjectum in continenti valere ad actionem ex stipulatu Titio dandam. Sed perperam; nam actio, quæ ibi Titio tribuitur, non descendit ex pacto, sed ex antecedenti stipulatione, quæ pacto immutata non est; quippe ex pacto nihil additum est, nisi tempus fixum, intra quod Titius ex stipulatu agere posset. Quare eo tempore transacto, Seja se dicebat esse ipso Jure ob pactum tutam, nec a Titio ex stipulatione priore conveniri posse; inest enim ex parte rei. Contrarium tamen decidit Scævola, quia pretium cum usuris *interposito modico tempore* post Kal. Apriles, oblatum fuit; modicum autem intervallum temporis in Jure pro intervallo non habetur, *l. duos reos 6. §. 1. ff. de duobus reis*: quocirca habetur tanquam si Titius

intra

intra Kal. Apriles pretium & usuras obtulisset.

Nec rursus id probat *l. nec ex Prætorio* 28. *ff. de reg. Juris*, ubi habetur: *Obligationum causæ pactione possunt immutari, & ipso Jure, & per pacti conventi exceptionem*; nam hæc verba nihil de actore habent, omnia referuntur ad reum, qui aliquando est ipso Jure tutus, cum pactum contractui inest; aliquando per exceptionem, cum non inest. Quare ait, obligationum causas, non causas actionum.

Et tandem non obstat *l. petens, C. de pactis*, cujus verba sunt: *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est, seu antecessit pactum, seu post statim interpositum sit, recte secundum se ferri sententiam postulat*. Non obstat inquam, quia ibi non agitur de pacto subjecto stipulationi, stipulationis reformandæ, vel emendandæ gratia, de quo est nostra quæstio; sed omnino sermo habetur de stipulatione adjecta pacto, pacti firmandi causa; ut clare ostendunt verba illa, *Petens ex stipulatione, quæ placiti servandi causa secuta est*. Et hoc casu lex ait, nihil interesse, præcedat, an sequatur pactum; nam si interrogem, Dari ea die, qua paciscar, & illico post stipulationem paciscar dari Idibus primis; perinde est, ac si pacto prius inito stipulationem addiderim. Simile est quod habetur in *l. si ita fuero*, §. 1. *cum l. seq. ff. de novationibus*; ubi nihil interest, utrum stipulatio pecuniam restitui, sequatur mutuum, an præcedat numerationem; sæpe enim fit, ut qui mutuam pecuniam daturus est, prius a futuro debitore stipuletur, eam sibi reddi, quam numeraturus est, ut stipulatio præcedat mutuum, quia intellectu, & natura mutuum sequi intelligitur, quamvis tempore antecesserit, *l. pecuniam, ff. eodem*, *l.* 18. §. 1. *ff. de stipulatione servorum*. Et hæc stipulatio perfecta quidem est, licet conditionalis esse intelligatur, quia ei inest hæc conditio, *Si postea eam pecuniam mihi numeraveris*; quia hac conditionalis stipulatio statim perficitur, & ex præsenti tempore vires accipit, ut dicitur in *l. usufructus, ff. cit. tit.*

Et de his quidem hactenus; quibus recte perceptis facillime explicantur ea, quæ reliqua sunt ex nostra *l. lecta*, ad quam regrediemur.

Objectio Ulpiani, vel Papiniani.

PAulus: *Pactum autem, quod subjectum est, quidam dicebat ad sortis solutionem tantum pertinere, non etiam ad usurarum, quæ priore parte simpliciter in stipulationem venissent; pactumque id tantum ad exceptionem prodesse: & ideo non soluta pecunia statutis pensionibus, ex die stipulationis usuras deberi, atque si id nominatim esset expressum.*

Dum in Auditorio Papiniani præsens causa disceptaretur, Paulo se opposuit Ulpianus, ut Faber putat, vel Papinianus ipse, quæ Cujacii opinio est. Censebat ergo, non soluta parte sortis primo mense, retrorsum usuras totius sortis præstandas ex Kal. proximis, quæ hic vocatur *dies stipulationis*, id est dies stipulatione comprehensus; nempe quia pacto nihil de usuris expressum est, & solum de dilatione solutionis loquitur; quare semel ac debitor in mora est, usuræ ex Kal. illis proximis debentur. Quod licet pacto expresse conventum non sit, ita tamen mens paciscentium capienda est; aliter enim usuræ nullæ deberentur; quia in contractibus strictis usuræ ex pacto etiam ex continenti subjecto peti non possunt, *d. l. Titius, ff. de præscriptis verbis*. Itaque alterutrum ei videbatur dicendum, aut usuras non dari; & quidem non debentur, si ex pacto post moram cujusque pensionis petantur; aut si debentur, utique ex posteriore stipulatione petantur opus esse. Unde etiam illud fit, ut currant statim a Kal. proximis, quæ est dies stipulatione comprehensus.

Neque movebatur eo, quod Paulus ajebat, pactum statim subjectum, stipulationi inesse; id enim negabat, contendens pactum non inesse, nequidem in favorem rei; sed ei solum ad exceptionem prodesse; ea fortasse ratione, quia stipulatio non extenditur ultra suos fines, *l. si tibi, ff. de pactis*.

Responsio Pauli.

PAulus: *Sed cum sortis petitio dilata sit, consequens est, ut etiam usuræ ex eo tempore, quo moram fecit, accedant. Et si, ut ille putabat, ad exceptionem tantum prodesset pactum (quamvis sententia diversa obtinuerit) tamen usurarum obligatio ipso Jure non committitur; non enim in mora est is, a quo pecunia propter exceptionem peti non potest.*

Nihil opus esse Paulus duxit, disputare, utrum pactum insit stipulationi, an non, cum est statim subjectum; ait enim id superfluum esse, cum jam stet in decisis, jam receptam esse sententiam, quod insit; nec enim certa,

&

& recepta in quæstione ponenda sunt. Nihilominus ad ostendendam justitiam suæ sententiæ, largitur interim adversario, quod petit; dat enim, & non concedit, pactum non inesse, prodesse reo tantum ad exceptionem. Eo, inquam, paulisper dato, adhuc ait, verum esse, usuras totius sortis ex Kal. illis futuris peti non posse, quia usuræ non debentur, nisi ex tempore moræ, *l. cum quidam*, §. *si pupillo*, *ff. de usuris*: nec in mora totius sortis solvendæ intelligitur esse is, a quo tota sors peti non potest, *l. si pupillus*, *ff. de verbor. oblig.* Quod utique est in specie proposita; nam creditor Kal. futuris totam sortem petere nequit, ut qui, si petat, exceptione pacti repelletur; & inanis est petitio, quæ exceptione repelli potest, *l. sciendum*, *ff. de usuris*, *l. & eleganter*, §. *servus*, *ff. de dolo.* Ergo debitor post Kal. futuras in mora totius sortis non est; quare nec ab eo tempore usuræ totius sortis peti non possunt. Hinc necessario fit, ut dilata petitione sortis, intelligantur etiam dilatæ usuræ; quæ propterea non committentur, nisi pro rata pensionum in fine cujusque mensis non soluta.

Confirmatur ex *l. 8. illud.*, *ff. de liber. legata*, ubi si testator jussit a debitore suo intra certum tempus sortem peti non posse; lex ait, heredem ejus interim, quandiu sors non petitur, nec usuras ejus temporis petere posse. Scilicet, quia dilata sortis petitione, usurarum etiam petitio dilata censetur.

Exceptio.

PAulus: *Sed si quantitatem, quæ medio tempore colligitur, stipulamur, cum conditio extiterit, sicut est in fructibus; idem & in usuris potest exprimi, ut ad idem non soluta pecunia, quod competit usurarum nomine, ex die interpositæ stipulationis præstetur.*

Postremo fatetur Paulus, specialiter posse contrahentes inter se convenire, ut non solutis sua die pensionibus, retrorsum usuræ ex die stipulationis debeantur; ita tamen, ut id nominatim exprimatur. Probat id exemplo fructuum; nam ab eo, qui debet fundum sub conditione, stipulari solet creditor, ut adveniente conditione, is det fundum una cum fructibus interim perceptis ex die contractus. Ceterum valet argumentum a fructibus ad usuras, quia usuræ vicem fructuum obtinent, *l. usuræ*, *ff. de usuris*.

Simile est, quod habetur in *l. hujusmodi 63. ff. de verbor. oblig.* ubi utilis est stipulatio sub conditione, ut existente demum conditione, retrorsum a die interpositæ stipulationis annua pecunia debeatur.

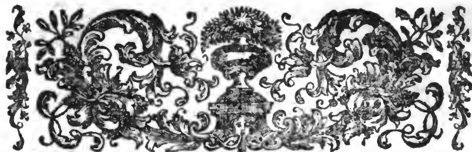
Objicies I. ex *l. cum quidam*, *in princ. ff. cit. tit.* ubi quidam cavit, se quotannis quincunces usuras præstaturum; & si quo anno non solvisset, tunc se totius summæ ex die contractus majores usuras, id est semisses, soluturum. Accidit, ut præstitis per aliquot annos usuris, tandem debitor a solvendo cessavit, & commissa stipulatio est. Statuitur a die contractus, usque ad diem cessationis, alias usuras non deberi, nisi quincunces: a die vero cessationis in posterum deberi semisses. Ergo falsum est, quod ait Paulus hic, caveri posse, ut sua die non solutis pensionibus, usuræ retrorsum debeantur a die stipulationis.

Respondet Accursius, aliud esse augeri usuras, aliud usuras præstari; & in nostra lege sermonem haberi de præstandis, quod licitum est: at in *d. l. cum quidam*, loqui D. Marcum *de augendis*, quod illicitum est, quia id esset usuras accedere usuris, *l. si non sortem*, *in princ. ff. de condict. indebiti*, *l. fin.* C. *de usuris*.

Objicies II. Usuræ debentur ob moram debitoris non solventis, non etiam ob lucrum creditoris, *d. l. cum quidam*, §. *si pupillo*, *ff. de usuris*. Ergo deberi a die contractus nequeunt, quoties mora post contractum intervenit.

Putem, ex hac stipulatione contractum in diem intelligi reformatum in contractum purum: ex contractu autem puro statim debitor in mora est, quia statim debet,

DO-



DOMINICI AULISII,

J.C. CLARISSIMI,

De Legatis, & Fideicommissis, ad 30. *Pandectarum Librum, cum duobus seqq.*



RDINIS ratio inter hos libros, & antecedentes, ita se habet, Egit Justinianus *de Testamentis* & *Codicillis*; proximum erat, ut aggrederetur ad Legata, quæ in Testamentis, & ad Fideicommissa, quæ in Codicillis fiunt. Quæ tractatio, quoniam amplissima est, & late diffusa, propterea ipsam Justinianus in tres libros partitus est, hoc ordine, ut in primo libro ageret *de Rebus*, quæ legari possunt: in secundo, *de Personis*, quæ legant, & quibus legatur, id est tam de Legatoribus, quam de Legatariis: in tertio denique *de Interpretatione Verborum*, quibus Legata, & Fideicommissa concipi aut possunt, aut solent, sive sint ea verba concepta de Rebus, sive de Personis.

Verum tamen est, quod hic Accursius monet, eum ordinem non ita religiose a Triboniano custodiri, ut ab eo frequenter non aberret; sæpe enim quod sub uno libro erat collocandum, id in alium reperitur translatum. Quod cum Balduino *lib. 2. de Jure novo*, nimiæ Triboniani festinationi tribuimus, qui dum triennio Pandectarum compositionem absolvere nititur, non potuit in omnibus eam, qua opus erat, diligentiam præstare. Nos rectam viam, & rationem, quæ in disciplinis tradendis recepta est, pro viribus servare conabimur.

Interim notabimus, hanc *de Legatis, & Fideicommissis* tractationem in secundo anno quinquennalis nostri studii Justinianum explanari Scholaribus statuisse; qui eo anno appellarentur *Edictales*, ut in *Procemio Digestorum*, §. *in secundo*, quamvis Edictum perpetuum, unde *Edictales*, olim non in secundo, sed in primo anno addiscendum traderetur, ut *ibid*, §. *&* *primo quidem*.

Neque hic stabit semestris noster labor, sed nonnihil attinget de his, quæ tertio anno ex Edicto Justiniani explicanda essent Papinianistis; explicabimus enim *l. in quartam*, *ff. ad l. Falc.* ubi erit videndum, quid heres ultra dodrantem legatis gravatus, vel fideicommisso rogatus, in suam quartam, sive Falcidiam, sive Trebellianicam, imputare cogatur Itaque [illegible].

QUÆSTIO I.

De Nomine Legati,

LEgis summa divisio est, ut una sit publica, altera privata. Publicam, & priva-

vatam legem hic non capimus respectu ejus, in cujus gratiam lex lata est, ut in *l.* 1. §. *hujus studii*, *ff. de justitia & jure*; sed intelligimus respectu ferentis, seu legislatoris, ut Publica lex hoc loco sit, quæ a Populo, Senatu, & Principe, quæ Publicæ personæ sunt, provenit: privata vero sit ea dispositio, quæ a Testatore, homine nimirum privato, legis modo fit; etenim Testator disponendo legem condit, §. *disponat*, *auth. de nuptiis*. Aliter accipitur lex publica, & privata in *Can. duæ sunt* 19. *qu.* 2.

Inter Hebræos dispositio Testatoris vim habebat, non quidem legis, sed decreti judicialis, ex lege Dei in Numeris *cap.*27.*v.*11.ubi dicitur: להוקות משפט *lechuk kuth misphath*, in decretum judicii, Seldenus *de successionibus ad ll. Hebræorum cap.* 24. Itaque ex Jure Hebraico Testator est loco Judicis, ex Jure Romano sustinet vicem Legislatoris. Et ad hoc respexit vulgatus Bibliorum interpres, qui ea Numerorum verba, quæ diximus, vertit, *Sanctum lege perpetua*.

Hinc ergo quidquid Testator, aut publica persona jubet, dicitur *legari*, quod verbum a lege descendit, ut *legare* tantundem sit, ac legis modo jubere, imperare. Et quidem quod attinet ad publicam personam, Servius in 11. *Æneidos* ait (Ad versum illum: *Finitimos tollunt in agros*, *Ubique remittunt*): *Senatus legavit*, *ne quis in Urbe sepeliretur*, hoc est, legis modo sanxit, quamvis alii legant, *lege cavit*. De Testatore est lex Decemviralis *Tab.* 5. *Paterfam. uti legassit super pecunia tutelave suæ rei*, *ita Jus esto*; doceque Pomponius in *l. verbis legis*, *ff. de V. S.* in XII. Tabulis, eo verbo *legassit* latissimam tribui potestatem & heredes instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi. Libertatis dationem *legandi* verbo comprehendi, visum quoque est Paulo in *l. generali*, *ff. eit. tit.* Imo non solum datio libertatis, sed & assignatio liberti sub nomine legati venit in *l.* 6. *de assign. libertis*, ubi pater servum, quem vivus manumiserat, filiofamilias legavit, & legandi verbo libertum assignasse videtur.

Et quidem recte; nam in lege Solonis, unde lex hæc Decemviralis desumta est, pro *legare*: generatim erat διαθέσθαι, hoc est, *disponere*. Lex Solonis ita videtur fuisse concepta: τὰ ἑαυτοῦ διαθέσθαι ἐξεῖναι, ὅπως ἂν ἐθέλῃ. *Cuique de rebus suis disponere liceт*, *ut velit*, ex Demosthene in *Stephanum orat.* 2. Meursius in *Themide*, *Attica lib.* 2. *cap.* 13.

Ex hac generali significatione legati fortasse factum est, ut vectigalia appellentur *legata*, quasi indicta, & imperata *l. Julianus*, §. *idem Julianus*, *ff. de actionibus empti*, ubi quis dicitur vendidisse fundum, qui fundus plura legata debebat, id est vectigalibus oneratus erat.

Verum deinde vel interpretatione legum, vel auctoritate Jurisconsultorum, *Legati* nomen coangustatum est, ut idem Pomponius ait in *d. l. verbis legis*; cœpitque eo nomine specialis morientium dispositio significari, de qua hic nos agimus; legatum enim ita acceptum *legis modo testamento relinquitur*, quod ait Ulpianus in *fragm. hoc tit.* id est ealu recto, & modo imperativo relinquitur, veluti Titius fundum capito, heres fundum dare damnas esto: quæ verba imperativa, *legatorum verba* dicuntur in *l. quod ergo lib.* 1.

Usu tamen receptum est, ut etiam non imperativo modo legata concipi possent, dum ea essent verba, quæ immediatam dationem denotarent, ut *do lego*, vel etiam *do*, *l. si ita scriptum*, *in princ. lib.* 2. aut etiam *lego*, *l. Titia textores*, *in princ. lib.* 1. Ita quoque si dictum sit *dono*, *l. Aurelius*, §. *Titius Sejo*, *ff. de liberatione legata*. Sicuti usu quoque receptum est, ut in institutione pro illis verbis, *heres esto*, diceretur *instituo*, vel *facio heredem*, vel *heredem esse jubeo*, *l.* 1. §. *fin. ff. de hered. instit. l. quoniam indignum*, *C. de testamentis*; ut etiam dicendo *substituo*, fierent substitutiones, *l. jam hoc Jure*, *l. qui plures*, *l. coheredi*, *ff. de vulg.* Bellonus *de Jure accrescendi cap.* 7. *q.* 3. a *num.*38.

At vero abusu factum est, ut post introducta fideicommissa tempore D. Augusti, quinque in nostris libris *legati* appellatione significetur fideicommissum, & in *l. Bæbius*, *ff. de pactis dotalib.* fideicommissum vocat Tryphoninus, quod ante *prælegatum* appellaverat, Cujac. 4. *obs.* 23. Abusu, inquam, factum est, propterea quod fideicommissum non relinquitur verbis imperativis, & legis modo, sed verbis precariis, ut nihil minus videatur mereri, quam *legati* nomen. Ita quoque per abusum donatio causa mortis *legati* nomine cœpit contineri in lege Aquilia, & Papia, uti constat ex *l. Senatus*, *in princ. ff. de mortis causa donationibus*, & in *l. fideicommissum lib.* 3.

lib. 3. quæ leges desumtæ sunt ex Paulo ad *l. Juliam*, & *Papiam*.

Præter legatum ita vulgo dictum, tres aliæ constituendæ sunt appellationes legatorum diversæ, *Relegatum*, *Delegatum*, *Prælegatum*. Nec audiendus Cujacius, qui aliter constituit in *l. omnia*, §. 1. *lib.* 2.

Relegatum est legati repetitio, ut si quis dixerit, *Usumfructum Titio do lego*, hoc legatum est: at si deinde subdat, *Et quoties capite minutus fuerit, eundem usumfructum eidem do lego*, repetitio usufructus relegatum est, uti constat ex Pandectis Florent. in *l. 3. §. pen. ff. quibus modis ususfructus amittatur*. Hæc relegatio hodie intelligitur post deportati restitutionem, vel post libertatem acquisitam. *V. Gl.* in *d. l. 3. in princ.*

Delegatum est, si legatum mihi debitum ex alieno testamento, alii meo testamento delego, id est si actionem legati mihi relicti heredem meum alteri cedere, & præstare jubeo. Et ita accipienda est *l. legata*, *ff. de conditionibus*, *& demonstrationibus*, ubi legata conditionalia, antequam conditio extiterit, delegari non possunt; quamquam Accursius ibi accipiat de delegatione, quæ liberat debitorem, alio reo creditori dato.

De Prælegato varia sententia est. Vulgo id esse docent, quod extra partem hereditariam heredi præcipuum datur de communi pecunia, *l. Theopompus*, *ff. de dote prælegata*, juncta *l. cum responso*, *C. de legatis*. Quod rejicit Cujacius in *l. idem est*, *ff. de reb. dubiis*; quandoquidem Prælegatum non solis heredibus relinquitur; quippe dos prælegatur uxori etiam heredi non institutæ, *tit. ff. de dote prælegata*, si modo is titulus ita concipiendus est; nam Haloander cum Pandectis Florentinis legit, *de dote relegata*. Item prælegatur peculium servo, *l. 10.* & *l. ult. ff. de peculio legato*. Ita quoque obligatio debitori prelegatur, *l. non solum* 9. §. *pen. ff. de liberatione legata*. Nec minus Domino prælegatur pretium servi sui, *l. in servitutem*, *ff. de bonis libertorum*. Et tandem hoc verbo utimur, quoties cui res quodammodo sua legatur, ut uxori dos, servo peculium, heredi pars hereditatis, ut notavit Stephanus Græcus Jurisconsultus ad *d. l. Babius*, *ff. de pactis dotalibus*: vel legatur res, quæ ipsum legatarium afficiebat, ut obligatio debitori, pretium servi Domino.

Non omiserim Inscriptionem Romanam, in qua hæc legas: *Jul. Valens leg. heres*. Quæ verba Th. Reinesius in *Indice cap.* 18. interpretatur, *Legatarius heres*, quasi Julius Valens fuerit heres, cui prælegatum sit. Sed fallitur: legendum enim est, *Legitimus heres*.

Hæc tamen omnia in titulo nostro sub uno, & simplici nomine legati veniunt.

QUÆSTIO II.

De Substantia Legati.

Legati in specie accepti multæ extant in Jure nostro Definitiones.

Prima est Florentini in *l. legatum est* 119. *lib.* 1. quæ ita habet: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit.* Quæ definitio satis apte naturam legati exprimit, quod est modus acquirendi particularis, tribuens legatario particulam quandam ex hereditate decerptam, seu delibatam; nam *delibare* proprie est summis labiis aliquid degustare, & degustando diminuere; & per translationem hic traducitur ad legatum, quod eodem modo hereditatem diminuit. Unde D. Ambrosius in *Oratione funebri Satyri fratris*, hereditatem sine legatis appellavit, *Non delibatam*. Itaque Jurisconsulti Græci *delibationem* recte interpretantur *diminutionem*; nam ita definiunt, *Legatum est* (μείωσις τῆς κληρονομίας) *diminutio hereditatis*, ut extat in Basilicis *lib.* 44. *tit.* 1. *cap.* 105.

Fallitur vero Donellus in *Commentariis hoc tit.* cum legit, *Delibratio*, hoc est, ut ipse explicat, diminutio libræ, sive hereditatis, quæ as, pondo, & libra appellatur. Sed a vulgata lectione, quam etiam tuentur Pandectæ Florentinæ, recedendum non est; nam Latine *Delibrare* est exacta ponde, ratione uti, non etiam libram diminuere.

Ex qua Legati definitione videtur falsa definitio hereditatis tradita a Cajo in *l. nihil est*, *ff. de V. S.* ut sit, *Successio in universum Jus, quod defunctus habuit*; excipiendum enim videtur Jus dominii, quod in rebus pure legatis Testator habet; hoc enim Jus recta via a defuncto transit in legatarium, nec heredi acquiritur, *l. legatum ita* 82. *lib.* 2. *l. a Titio*, *ff. de furtis*, & nos infra latius. Quare licet ab intestato nonnunquam heres (cum scilicet defunctus in Codicillis non legat) in omnia Jura defuncti succedat; ex testamento tamen aliquando

non in omnia succedit, cum scilicet pure Testator legavit: ita enim hereditatem delibat, & non relinquit heredi, quod universum ejus foret, ut Florentinus ait.

Hinc fortasse dicendum est, verba Caji non esse definitionem hereditatis, sed potius regulam. Discrimen inter utrumque est, quia definitio dicit semper, *l.* 1. §. *dolum*, *ff. de dolo malo*: regula vero dicit sæpe, ut palam est ex titulo *de regulis Juris*: & sæpe verum est, hereditatem esse successionem universi Juris, non etiam semper.

Ex quibus intelligimus, cur Theophilus in *Institutionibus*, *titulo per quas personas nobis acquiritur*, *in fine*, definiendo modum universalem acquirendi, uti est hereditas, ita dicat: *Est cum una res quidem est, quæ geritur, sed multa sub uno dominii nostri fiunt.* Notandum enim est, non dicere *omnia*, sed *multa* acquiri sub uno, hoc est, simul & unico titulo: ita enim heres simul atque adit, multa Testatoris Jura adipiscitur solo hereditatis titulo. Idipsum observare est in reliquis tribus universalibus acquirendi modis; nam quamvis olim arrogato patrefamilias, omnia quæ ejus erant, exceptis iis, quæ capitis diminutione pereunt, transirent in eum, qui arrogabat, *l. si paterfam. ff. de adopt.* hodie tamen ex Justiniani constitutione arrogator in bonis adventitiis arrogari tantum usumfructum habet, ad similitudinem naturalium parentum, *l. cum oportet*, *C. de bonis*, *quæ liberis*. Hoc etiam in bonorum possessione, & addictione locum habere, facile patet.

E contrario legatum est modus acquirendi particularis, qui modus ab eodem Theophilo dicitur esse, cum una res geritur, & una res nobis acquiritur. Quod verissimum est: sive enim usucapionem consideremus, sive donationem, sive legatum, sive aliam quamcunque acquisitionem particularem, una res geritur, & una species, vel una summa acquiritur.

Unde patet decipi quotquot Theophilum ita interpretantur, ut cum dixit, unam rem acquiri, intelligant unum Jus: decipiuntur ideo, quia per contractus tantum acquiritur Jus, sive in personam, ut in emtione, sive in rem, ut in pignore, & hypotheca: at per modum acquirendi quæritur nobis res ipsa, sive dominium in re. Quod si Testator leget Jus, quod ipse habet, ut in nomine debitoris, tunc Juris illius dominium reliquisse intelligitur. Verum hæc latius a nobis in *tit. de Donationibus* explicata sunt.

Monet Cujacius hic ad *l.* 1. *lib.* 1. legatum dici *delibationem hereditatis*, ut distinguatur a fideicommisso; quandoquidem *delibatio* verbum est directum, quo significatur per legatum ipso Jure hereditatem minui. Quod non est de fideicommisso, per quod hereditas non diminuitur, nisi post traditam possessionem ab herede ipsi fideicommissario, *l. qui usumfructum*, *ff. si ususfructus petatur*.

Præterea notandum hanc Florentini definitionem esse secundum mediam Jurisprudentiam, id est secundum legem Falcidiam; nam ex legibus Decemviralibus poterat hereditas non solum legato onerari, sed etiam exhauriri. Dicitur exhauriri hereditas, cum totus as absumitur: onerari vero, cum legatum ultra dodrantem se extendit. At lege Falcidia non potest plus legari, quam ut quadrans heredi superstit, *l. si filia*, §. *Papinianus*, *ff. fam. ercisc.* Igitur secundum legem Falcidiam legatum non est onus, aut exhaustio hereditatis, sed delibatio, seu diminutio usque ad dodrantem.

Secunda definitio est Modestini in *l. legatum est* 37. *lib.* 2. quæ ita habet: *Legatum est quædam donatio testamento relicta*. Ceterum hodie legata etiam ab intestato relinqui possunt, sed valent in vim fideicommissi, ut suo loco dicemus. Olim non poterant, nisi a Testatore testamento relinqui: quare a Modestino legatum dicitur *Donatio testamento relicta*, sicuti a Florentino, *Delibatio hereditatis*, *qua Testator*, *&c.*

Tertia ergo definitio est Triboniani in §. *Legatum*, *Instit. hoc tit. Legatum est donatio quædam, a defuncto relicta, ab herede præstanda*. Quam definitionem magnis difficultatibus vexatam, hic nos explicabimus simul, & tuebimur.

Dicitur *donatio quædam*; nam legatum & donatio in duobus præcipue conveniunt. I. In genere; quippe sicuti donatio est modus acquirendi particularis, utpote de qua Justinianus agit 2. *Instit.* inter modos acquirendi, ita quoque legatum est modus acquirendi particularis. II. In specie, quia ut donatio fit ex causa liberalitatis, *l.* 1. *ff. de donationibus*, ita quoque legatum: unde pro legatis Justinianus dixit *donationes legatorum* in *l. ambiguitates*, *C. de testamentis*. Distant vero donatio & legatum in hoc, quod donatio dicitur dari, hoc est, inter vivos celebrari, lega-

legatum vero dicitur relinqui, quod relinquendi verbum ad meras ultimas voluntates pertinet, quæ ex solo defuncti Judicio proficiscuntur, §. *hæc quidem*, *auth. de heredibus*, *& Falcid.* Propterea Tribonianus non dixit simpliciter legatum esse *donationem*, sed ad majorem claritatem, dixit esse *donationem quandam*; quamquam ea particula poterat omitti, ut eam Modestinus omisit.

Hinc I. deducitur, legatum lucri aliquod legatario afferre debere, *l.circa,ff.ad l.Falcid. l. cum non facile*, *ff. si cui plusquam per l. Falc. l. pen. ff. de manum. testament.* Allegant etiam ad hanc rem textum in *l. 1. §. & hac, C. communia de legat.* ibi: *Cum enim non aliter valeat legatum, nisi aliquid lucri afferat.* Male, quippe legendum *auferat*: additur enim, *Ei, a quo derelictum est*, hoc est heredi. Legatum vero heredi aufert lucrum. Vel saltem legatum legatario damno nunquam esse potest, *l. si hereditatem, ff. mandati*. Itaque si debitor creditori suo leget id, quod pure ei debet, inutile legatum est: si vero leget id, quod in diem, vel sub conditione debet, utile est ex causa repræsentationis, hoc est præsentis solutionis, quæ non expectata die, aut conditione, statim ab herede fieri debet, *l.1. ff. de dote prælegata*. Item si quod debeo ex stipulatu, legavero, utile est legatum; quoniam pro actione personali datur vindicatio: cum rei legatæ dominium acquiratur legatario non expectata traditione e manu heredis. Unde hoc legatum momentum aliquod habet, *l.3.§ si rem, lib.3.*

Si a legatario fideicommissum relictum sit, vel legatum, non habet aut Falcidiæ, aut Trebellianicæ detractionem, *l. 1. §. denique, cum seq.ff.ad Trebell.l.lex Falcidia 47 §.ult.ff. ad l. Falc. l. coheredi*, §. *quod si*, *ff. de vulg.*

Nec obstat Mecianus in *l. pœnales*, §.*ult. ff. ad l. Falc.* nam ibi Legatarius, a quo pecuniarium fideicommissum relictum est, non utitur Falcidia ex sua persona, sed quia passus est Falcidiam, hoc imputat pro rata fideicommissario, ut si 20. legatis cogatur sit 15. restituere, & Falcidia ex legato detraxerit 5. fideicommissario restituit 11. & quadrantem unius. Vide textum in *l. 5. ff. si cui plus quam per l. Falc.* & Cujac. ad African. *Tract.6.* in *l. ex asse*, *ff. ad Trebell.*

Quod si objicias: dari potest legatum, quod non solum inutile ipsi legatario sit, sed etiam ei aliquid damni afferat, *l. plane si filium*, §. *si cui*, *lib. 1. l. sed si non servus, ff. ad l. Falcid.* & propterea legatum non semper esse donationem.

Respondemus, negando antecedens; semper enim legatum utile Legatario esse debet, saltem æstimatione ipsius Legatarii. Quod ut recte intelligi possit, notandi sunt duo casus, quibus Legatarius ultra vires legati obligatur. Primus est, si Legatarius rogetur rem suam alteri restituere, vel servum suum manumittere; tunc si Legatarius legatum agnoscat, cogetur fideicommissum præstare, quamvis id pluris sit, quam legatum. Nec tamen propterea legatum dicetur inutile, aut damnosum. Et ratio est, quia legatarius non videtur pluris rem suam estimasse, ut aperte deciditur in *d. l. sed si non servus, ff. ad l. Falc.* ibi: *Quia tanti æstimasse videbitur servum suum*. Et ita etiam intelligendi sunt textus in *l. Imperator*, §. *si centum*, *lib. 2. l. generaliter*, §. *si quis alienum*, *ff. de fideicomm. libert. l. si ea*, *C. ad l. Falcid.*

Secundus casus proponitur in *d. l. plane, si filium*, §. *si cui*. Legavi Stichum, aut Damam, electione legatario data. Eundem Legatarium rogavi, ut Stichum daret alteri. Stichus est pluris, quam Dama, Legatarius tamen Damam elegit. Quæritur, an cogatur Stichum redimere, & fideicommissario præstare? Lex ait esse cogendum, licet Stichus pluris sit, quam Dama, & Legatarius gravetur ultra vires legati. Ratio eadem est, quæ superioris casus, id est, quia Legatarius pluris videtur æstimasse Damam, dum potuit Stichum eligere, & Damam maluit. Ita Cujacius in *d. l. plane*, §. *si cui*.

Propterea in *l. cum pater*, §. *mensæ*, *lib. 2.* legatum mensæ argentario factum substinetur, quamvis mensa ære alieno gravata sit; quia fortasse magis expedit argentario nomen mensæ ad negotiandum habere, quam onera mensæ substinere, quidquid ibi Bartolus dicat. Nam mensæ nomine non signatur corpus, sed Jus, & negotiatio illa dandi, & accipiendi pecunias, & fœnerandi, & obligandi, & solvendi, quæ a mensariis publice agitabantur in foro; cujus rei gratia mensarii rationes edere tenentur iis, quorum pecunias negotiantur, actione in factum, *l. quidam*, *ff. de edendo*. Et quod de mensa, idem dicendum de taberna argentaria, cujus nomine significatur Jus, non corpus, *l. qui tabernas*, *ff. de contrah. emtione:*

ita

ita etiam de qualibet alia taberna in foro posita, quam qui pignori obligat, videtur obligasse merces, & nomina tabernæ, & Jus omne *l. cum tabernam*, *ff. de pignor.* Erant hæ tabernæ in solo publico, *d. l. qui tabernas*: propterea qui eas vendit, Jus vendere intelligitur, *d. l. qui tabernas*, & qui obligat, merces obligasse intelligitur, *d. l. cum tabernam*.

Deducitur II. legata turpia, quæ notandi magis legatarii gratia scribantur, quam honorandi, non valere odio ipsius legatoris; ut si quis dicat, *Titio latroni*, *vel nebuloni do lego*; propterea quod legatum, cum sit donatio, nequit cum ignominia conjungi, *l. turpia legata lib.* 1. Unde legatum dicitur honor, sicut etiam hereditas, *l. Divus*, §. 1. *ff. ad l. Cornel. de falsis*, *l. amicissimos*, *ff. de excusationibus tutorum*: quare nec heres cum contumelia valide instituitur, veluti *Titius*, *qui furatus est mihi nummos*, *heres esto*, *l. quoties*, §. *si quis nomen*, *ff. de hered. instit.*

Obstat tamen I. textus in *l. cum quis decedens*, §. *Sejam lib.* 3. ubi proponitur tale exemplum: *Mævio liberto meo de me nihil merito dari volo lagynos vini vetusti centum quinquaginta*; & dicitur in textu legatum relictum cum *elogio*, id est, cum vituperatione, *ut ibid.* Cujac. explicat, & patet ex *l. posthumus* 14. §. *ult. ff. de lib. & posthum.* ubi hæc exheredatio, *Ille*, *quem scio ex me natum non esse*, *exheres esto*, dicitur in elogio proposita; quamvis aliquando elogii nomen aliter accipiatur pro quacunque brevi rei alicujus expositione. Hæc exheredatio non valet, si probetur ex eo natus, quia falsa causa, *d.* §. *ult.*

Obstat II. Marcianus in *l. his verbis*, §. 1. *ff. de heredibus instituendis*: ait enim omnes institutiones, quæ cum maledicto fiant, esse receptas, veluti, *Filius meus impiissimus*, *male de me meritus*, *heres esto*.

Respondet Accursius in *d. l. turpia*, distinguendum. Aut maledictum est in genere expressum, veluti *illi impio*, *nihil de me merito*; & valet legatum, & institutio, ut procedunt textus, qui objiciuntur. Aut e diverso maledictum habet expressam causam turpitudinis, dicendo, *illi adultero*, *illi ex monaco nato*; & legatum & institutio inutiliter fit; ut intelligendi sunt textus in *d. l. turpia*, & in *d. l. quoties*, §. *si quis nomen*. Ratio hujus distinctionis ea esse potest, quia confessio in genere nullum præjudicium affert, secus si fiat cum expressione causæ, *l. cum de indebito*, §. *ult. ff. de probat.* unde desumitus est textus in *cap. si cautio*, *de fide instrumentorum*, de qua re Balboa in *cap. at si Clerici*, *de judiciis*, Farinacius *de confessis*, *qu.* 81. Mascard. *concl.* 345.

Alii tamen putant, nunquam heredem institui, aut legatum relinqui posse cum convitio, etiamsi convitium in genere expressum sit, Quare Cujacius in *d. l. turpia* respondet, speciale esse in patre, ut filium recte cum convitio instituat, ut est species *d. l. his verbis*, §. 1. ex eo, quia patri licet impune filio convitium facere, quod non liceт extraneo: & propterea institutio turpis facta ab extraneo, in odium scribentis pro non scripta habetur: at facta a patre, in favorem scribentis valet; unde fit, ut suo Jure pater filium exheredet, etiam adjecta turpissima causa relicti, *Filius meus latro*, *non nominandus*, *exheres esto*, *l.* 3. *in princ. ff. de liber. & posth.*

In quantum vero ad textum in *d. l. cum quis decedens*, §. *Sejam*, ait idem Cujac. primo non dici ibi a Scævola utile legatum esse, cum alia omnino sit illius §. quæstio: secundo dici posse, illa verba, *nihil de me merito*, non facere convitium, ut facerent, si dictum esset, *male de me merito*.

Deducitur III. legatum, cum sit donatio, fieri verbis directis, ad discrimen fideicommissi, quod relinquitur verbis precariis; verbum enim *dono* directum est, *l. Aurelius* §. *Titio Sejo*, *ff. de liber. legata*, ubi qui legat, dicit *dono*, ut in Pandectis Florentinis. Vide Cujac. in *l. legatum est*, *lib.* 2. Hoc patet etiam ex verbis illis solemnibus, quibus olim in testamento per æs & libram utebantur: *Hæc, ut his tabulis ceris-ve scripta sunt*, *ita do*, *ita lego*, *ita testor*, Ulpian. in *fragm. tit. de testamentis*.

Dicitur *a defuncto relicta*; quia hodie non tantum testamento, vel codicillis testamento confirmatis, sed etiam codicillis ab intestato possunt legata relinqui. Unde pro eo, quod in definitione Florentini dicitur, *Qua testator*, & in definitione Modestini dicitur *Testamento*, Tribonianus substituit, *A defuncto*; quanquam hæc mutatio necessaria prorsus non erat, ex eo quod legata in codicillis valent

in

in vim fideicommissi, ut dicemus. Per hoc legatum distinguitur non solum a donatione inter vivos, sed etiam a donatione causa mortis, quæ non solum in ultimis voluntatibus, sed etiam in contractu fieri potest, *l. tam is*, *ff. de donationibus causa mortis*, ad instar actuum, qui a Jurisconsultis dicuntur anomali, hoc est, irregulares, ut fideicommissi institutio, datio libertatis, liberti assignatio, qui omnes actus certam regulam non habent, sed inter vivos pariter, & in ultimis voluntatibus recte fiunt.

Verum si is, qui causa mortis donat, deinde testamentum condat, donata comparantur legatis: si non condat, comparantur contractibus, ut habetur in Basilicis *lib.* 47. *tit.* 3. quod desumtum est ex *l. si filius*, *ff. de legatis præstandis*, *l. Marcellus*, *§. ult. l. etsi debitor*, *l. illud*, *ff. de donationibus causa mortis*. Quod maxime factum est post Constitutionem Divi Septimii Severi, qui legem Falcidiam traxit etiam ad donationem causa mortis, *l.* 2. *C. cit. tit.* Et ita intelligendus est Justinianus in §. *nam cum prudentibus*, *Institutionibus de donationibus*, cum ait: *Nobis constitutum est*, *ut* (donationes causa mortis) *per omnia fere legatis connumerentur*; ideo dicit, *Fere*, quod qui donat causa mortis, potest sibi hanc legem dicere, ut ne donationem revocet, *l. si alienam*, §. 1. *ff. cit. tit.* ibi: *Sic quoque potest donari mortis causa, ut nullo casu sit ejus repetitio*. Sed habetur ut donatio inter vivos, *l. ubi ita*, *ff. cit. tit.* At non ita est in eo, qui legat, ut qui nequit sibi hanc legem dicere, ut ne legatum revocet, *l. si quis*, *in princ. lib.* 3. ut Cujacius explicat in *l.* 1. *lib.* 1.

Dicitur *ab herede præstanda*. Hæc verba multi supposititia esse contendunt, & huc irrepsisse post Justiniani tempora, adscripta scilicet a Sciolo aliquo; cujus rei magnum argumentum est, quod Theophilus, qui Justiniani Institutiones in Græcum sermonem transtulit, ea verba non habet. Imo in quibusdam nostrarum Institutionum libris antiquis manu exaratis hæc pariter verba invenire non est. Putamus tamen, ea non male huic definitioni addita esse. Quod ut palam faciamus, videndum hic est, quibus argumentis expungenda esse contendant.

Opponunt itaque I. quoniam accidit aliquando legatum non præstari ab herede, sed ab ipso Testatore, dum adhuc in vivis est, ut in *l. Lucius Titius lib.* 2. ubi quidam legavit militiam suam (hoc est, officium aliquod Palatinum) aut pretium ejus: deinde Testator eam militiam vendidit, & pretium ex venditione redactum legatario dedit. Quod & hodie plerique faciunt, qui maxime pietatis causa relicta legata, ipsi repræsentant, & solvunt ante mortem, ut notat Bartolus *ibid.*

Hæc tamen objectio nullius momenti est; quippe legatum a Testatore vivo præstitum, non tam dicitur solvi, quam perimi, Afflict. *dec.* 275. Cum enim legatum nequeat vim suam sortiri, nisi post testatoris mortem, *l. qui duos*, §. *hac conditio*, *ff. de manum. testament.* inde fit, ut quod legator, se vivo, præstat, non sit legati solutio, sed rei legatæ voluntaria alienatio, ex qua legatum perimitur, §. *si rem suam*, *Institutionibus de legatis*. Quare legatarius eam rem sibi habebit, non titulo legati, sed donationis, ut palam est ex *l. hujusmodi*, §. *si Titio Stichus*, *lib.* 1. ubi Testator dicitur donasse rem legatam, non solvisse; legaverat enim Stichum, aut Pamphilum, & vivus dedit legatario Pamphilum, competit eidem legatario actio ad Stichum; propterea quod Testator non videtur solvisse legatum (quod si fecisset, nulla reliqua esset legatario actio ad petendum legatum) sed videtur donasse. Idipsum dicas opus est de specie textus in *l. filia*, *C. communia de legatis*, ubi filia legati actionem non habet, si quæ pater ei legaverat, vivus in dotem dedit.

Opponunt II. quia licet olim a legatario legari non potuisset, quamvis potuisset fideicommitti, *Institut. de singulis reb. in princ.* hodie tamen propter exæquationem id correctum est, & a legatario recte legatur, *l.* 1. §. *& hæc*, *C. communia de legatis*. Quo casu legatum non præstatur ab herede, sed a legatario, cui onus injunctum est.

Sed neque id urget; nam quoties legatarius legato oneratur, id non corruit quidem, ut olim corruebat, sed substinetur; at non in vim legati, sed tantummodo in vim fideicommissi, ut habetur in *l.* 2. *C. cit. tit.* illis verbis: *Si quid tale est, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur*. Cum igitur suam validitatem mutuetur ex natura fideicommissi, nihil mirum est, si ei definitio legati adaptari non potest: quippe si posset aptari, consequens erat, ut legatum illud valeret non ex natu-

ra

ra fideicommissi, sed ex natura sua.

Opponunt III. ex eo, quod legati puri dominium recta via transit a Testatore in legatarium, *l. a Titio*, *ff. de furtis*; ita ut ne momento quidem ejus dominium videatur fuisse apud heredem, *l. sed si damnum*, alias *l. peculium* 10. §. *sed & creditor*, *ff. de peculio*. Unde fit, legatum istud non esse ab herede præstandum.

Huic objectioni facile responsio patet, si distinguamus inter *dare*, & *præstare*. Quæ duo longe inter se distant, *l. obligationum*, *ff. de oblig.* nam præstare verbum naturale dicitur, estque possessionem, vel quasi possessionem in alium transferre, *l. in vendendo*, *ff. de contrah. emt.* Dare vero verbum est civile, denotatque dominium transferre, §. *sic itaque discretis*, *Institutionibus de actionibus*. Statim ergo a morte Testatoris rei legatæ dominium transfertur a Testatore in legatarium, & perinde legatum non est ab herede dandum legatario: at quia possessio ejusdem rei legatæ debet apud heredem esse, eamque e manu heredis legatarius accipiat opus est, ut in *tit. ff.* & *C. quorum legatorum*, inde fit, ut legatum præstetur ab herede. Hæc infra de interdicto *Quorum legatorum*.

Opponunt IV. Potest Testator cavere, ut legatarius a se ipso rem legatam capiat, non expectata manu heredis, *l. Titia cum testamento*, §. 1. *lib.* 2. Ergo non semper legatum præstatur ab herede.

Dicimus tamen ea maxime *lege*, qua adversarii nituntur, probari licitum non esse legatario, rem legatam a se ipso, seu sua auctoritate sibi capere, nec posse hoc a Testatore juberi; Idem dictum esto de fideicommissario. Quod ut recte intelligamus, species ejus *legis* una cum ratione dubitandi, & decidendi, hic breviter præponenda est; præsertim quia hæc non omnibus obvia sunt. Lucius Titius filium, & filiam heredes scripsit, & in epistolis, quas Codicillis inseruit, declaravit velle se, ut filia a se ipsa acciperet villam Gazam; item, ut filius a se ipso acciperet possessionem nomine Comianam. Videbantur inutilia esse fideicommissa. Ratio erat, quia a se ipso non capit, nisi heres, ut heres est, non ut legatarius aut fideicommissarius; unde duo confici videbantur. I. filiæ non nisi partem Gazæ, & filio non nisi partem Comianæ relictam per fideicommissum esse; quia cum essent coheredes, in parte tantum quisque eorum intelligebatur institutus. II. fideicommissum esse inutile, quia certum est, heredi a semetipso fideicommissum relinqui non posse, quia idem homo sibi debere non potest, nec potest idem esse debitor, & creditor. Modestinus tamen respondet, actum in dubio ita capi oportere, ut consistat potius, quam ut ruat; quare verba illa, *a se ipso*, ita interpretatus est, ut intelligatur partem prædii quemque heredum a se ipso capere oportere, partem vero aliam a coherede. Ex quo fit, totam villam Gazam intelligi relictam filiæ, totam possessionem Comianam filio; sed non totam eodem Jure, quippe partem hereditariam a se ipso quisque capiet, quasi heres, partem reliquam a coherede, ut fideicommissarius. Si itaque non minus in ratione dubitandi, quam in ratione decidendi, illud, *a se ipso*, semper intelligitur de herede, nunquam de fideicommissario, opus est, ut dicamus, non posse Testatorem in testamento suo cavere, ut fideicommissarius a se ipso, hoc est, manu sua capiat, non expectata manu heredis; quia scilicet solius heredis est, ut sua auctoritate capiat. Quod etiam eadem de causa locum habet in legatario, cui inutiliter a semetipso legatur, *l. & quidem*, *tib.* 1. illis verbis: *Quamvis a semetipso inutiliter ei legatum fuisset*.

Non omittendum tamen, quod ibi Cujacius notat, quamvis filius, & filia totum prædium possideat non eodem Jure, sed partem pro herede, partem pro fideicommisso, seu pro legato; tamen si forte alicui eorum eripiatur hereditas, quasi indigno, non eripietur tamen prædium, & totum sibi retinebit Jure fideicommissi, seu legati; idque tam si Testator expresse addiderit, *a se ipso*, quam si reticuerit: quippe fiscus auferet ab indigno hereditatem, & relinquet prædium, quod hic habetur totum, ut legatum, non attento rigore Juris, sed voluntate testantis, quæ voluntas ex æquitate dividenda non est, *l. eum qui*, §. *ult. ff. de his*, *quibus ut indignis*. Eodemque modo si heres, cui fundus est prælegatus, abstinuerit se hereditate, totum eum fundum retinebit Jure legati, aut fideicommissi, nec videtur se abstinuisse parte fundi, quam possidet pro herede, aut quam a se ipso capere Jussus est, *l. qui filiabus*, §. *ult.* juncta *d. l. & quidem*, *lib.* 1.

Hic obiter notandum est, ex hac *l. Titia*

cum

cum testamento, §. 1. colligere aliquos, fideicommissum inter vivos institui posse: quippe dicuntur fideicommissa facta in duabus Epistolis. Sed recte hic notat Cujacius, Codicillos scribi ad heredes instar Epistolæ, præposita salutatione. Et constat ex *l. alumnæ*, §. *Titia*, *ff. de adim. leg.* ubi fideicommissum institutum in epistola dicitur peti ex codicillis. Vide in *l. ult. in princ. ff. de leg.* 2.

His ita remotis, consequens est, ut dicamus, verba ea, *Ab herede præstanda*, recte in definitione legati apposita esse, scilicet ad tuendum Interdictum *Quorum legatorum*: pro cujus rei intelligentia breviter sit.

QUÆSTIO III.

De Interdicto Quorum legatorum.

EO Interdicto cavetur, ut quod quisque legatorum nomine non ex voluntate heredis, occupaverit, id restituat heredi. Hujus Interdicti plures rationes sunt, quarum una spectat ad Jus privatum, altera ad Jus publicum. Juris privati ratio est respectu ipsius heredis; nam fieri potest, ut aliquando non debeat heres solvere legatum, ut si hereditas ære alieno exhauriatur; vel solvere quidem debeat, sed diminuatur ex lege Falcidia, *l. un. C. quorum legatorum*. At Juris publici ratio ipsam Civitatem respicit; nam Reipublicæ interest, ne quis sibi Jus dicat, quod pessimi, & periculosi esset exempli, *d. l.* 1. *in princ. ff. cit. tit.* Et quod ad statum Reipublicæ spectat, Jus publicum est, *l.* 1. §. *hujus studii*, *ff. de just. & jure*.

Ceterum pœna legatarii occupantis sua auctoritate legatum, est, ut illud heredi restituat, non amisso Jure legati, ut in *cit. Jurib.* patet. Quibus tamen repugnare videtur textus in *l. non est dubium*, *C. de legatis*, ubi legatarius Jure legati privatur. Pro qua antinomia tollenda, varias distinctiones comminiscitur Accurs. *ibid.* quarum omnium eam sibi magis placere ait, ut legatarius suo Jure cadat, si legatum occupet, adita ab herede hereditate: non cadat, si ante aditionem occupet.

Verior tamen videtur prima Accurs. distinctio, ut textus in *d. l. non est dubium*, locum habeat, cum legatarius rem legatam surripuit, ut patet ibi *subtraxisse*; quoniam enim non uti legatarius, sed uti fur, aut expilator rem habet, propterea dignus est, qui legati Jure privetur. Id autem non est, cum tanquam legatarius rem occupavit, & satis erit, si eam rem heredi restituat, ut in *d. l.* 1. *C. quorum legatorum*. Verum de hoc textu clarius infra, ubi de legato partitionis dicemus.

Hæc cum ita se habeant, in foro tamen receptum est post Bartolum, licere legatario rei legatæ vacantis, sive ante, sive post aditam hereditatem, sine vitio, id est, non vi, non clam, non precario, possessionem sua auctoritate occupare; repellendumque esse heredem, qui ex interdicto Quorum legatorum velit possessionem adipisci; quoties scilicet heredis nihil intersit ob falcidiam, alteramve deductionem. Idem docent de fideicommissario, si nihil intersit heredis ob deductionem Trebellianicæ; veluti maxime est, cum hæ deductiones testamento prohibentur. Vide Marescotum 1 *variar*, 1. post alios Marinis 1. *resolut.* 88. qui ita junctis duabus aulis in Sacro Consilio decisum refert.

Quæ licet ita recepta sint, expresse tamen repugnant Ulpiano in *d. l.* 1. *ff. quorum legatorum*, cum ait legatum non posse a legatario suo Jure occupari, non solum ob Jus privatum heredis, sed maxime ob Jus publicum, cum periculosi exempli sit, quem sibi Jus dicere, ut latius explicat Faber 6. *conject.* 1.

Nituntur tamen Adversarii ea quoque ratione, quia vitari debet circuitus inutilis, ut esset in specie nostra; quippe heres repeteret a legatario legatum, quod statim eidem restituere deberet. Unde saltem heres petens potest a legatario, qui occupavit, doli mali exceptione excludi, ex regula textus in *l. dolo facit*, *ff. de doli exc ptione*, ubi dicitur, *Dolo facit, qui petit, quod redditurus est*. Quod ibi Accurs. notat locum habere, cum clarum, & liquidum est, reddi debere; ut certe liquidum est, cum omnis deductio testamento prohibita est; quamvis aliud sit, ubi dubium esse potest, utrum ex Falcidia debeant legata diminui, quo casu contra heredem agentem ex interdicto non datur exceptio doli; & procedet textus in *d. l.* 1. *ff. quorum legatorum*.

Respondet tamen Faber, negando circuitum dici posse inutilem, cum ex eo solvitur pœna ad Jus publicum conservandum, cujus gratia compescenda est audacia legata-

rii

rii, qui sibi Jus dixit. Itaque regula illa *Dolo facit*, intelligenda est, quum petitio rei restituendæ spectat ad Jus privatum, veluti si heres, qui damnatus in testamento est non petere a debitore, tamen petat, quod est exemplum *d. l. dolo facit*. At secus est, si petitio instituta sit ob tuendum Jus publicum; tunc enim non heres, qui petit, sed legatarius, qui denegat reddere, dolo facit in leges, & in statum Civitatis.

Ceterum ut nonnulla, quæ hactenus proposuimus, clarius percipi possint, sunt quæstiones aliquot discutiendæ.

QUÆSTIO IV.

An dominium rei legatæ interdum sit apud heredem.

HÆc quæstio ad omnia omnino legata non pertinet, sed ad aliqua tantum. Nam primo ad legata conditionalia non pertinet, nec ad ea, quæ in diem relinquuntur, quorum dies nisi conditione impleta, vel die adveniente, non cedit, *l. 5. ff. quando dies legator.* Itaque interim legatario quæsita dici non possunt, sed nec interim in suspenso manent, cum lex facile non patiatur rerum dominia esse in pendenti, DD. in *l. etiam invitis*, *ff. de acq. rer. dom.* exceptis tamen quibusdam casibus, qui ex facto subsequenti declarationem accipiunt, ut in *l. sed etsi* 30. §. 1. *ff. de usufr.* ubi Accurs. Quocirca legata illa conditionalia, vel in diem, ante aditionem sunt hereditatis, quæ pro domino habetur: post aditionem sunt heredis, *l. peculium* 10. §. *sed & creditor*, *ff. de peculio*: scilicet, donec conditio existat, vel dies adveniat; tunc enim statim legatario acquiruntur: & dominium, quod fuerat heredis, sine facto ipsius, ex sola Juris censura, & potestate, abit in legatarium, *l. non ideo*, *ff. de rei vind.*

Et quamvis reniti videatur Julianus in *l. ei qui*, *ff. de condit. instit.* dum ait, legatarium sub conditione potestativa, *si decem dederit*, non statim impleta conditione fieri dominum rei legatæ, nisi agnoscat. Idipsum est, & multo magis, si conditio sit casualis; nam potestativa sive arbitraria conditio impletur a legatario volente: casualis vero a fortuna, etiam legatario ignorante.

Placet tamen ut cum Accursio dicamus, in legato conditionali duo tempora esse distinguenda, quorum quidque diversum effectum producit; cum enim conditio existit, acquiritur quidem legatario legatum Juris censura, sed ita tamen, ut possit facto legatarii repudiari, quæ repudiatio facit, ut videatur legatum nunquam legatarii fuisse, *l. servum filii*, §. 1. *l. si tibi homo*, §. *cum servus lib.* 1. At ubi legatarius agnoscit, quia Juris censuræ accedit factum legatarii, ita confirmatur dominium in legatario, ut repudiari amplius nequeat: quod Accursius dicit, *incommutabiliter acquiri*. Et de hac postrema acquisitione Julianus capiendus est.

Illud etiam difficultatem facit, si pendente conditione legatum est factum heredis, non poterit deinde per adventum conditionis ab eo discedere, & transire in legatarium, nisi in id heres ipse consenserit; nam quod nostrum est, sine facto nostro a nobis avelli non potest, *l. id quod nostrum*, *ff. de reg. Jur.* Cur ergo id non observatur, sed velit nolit heres, ubi conditio advenit, rei legatæ dominium ipso Jure migrat in legatarium?

Huic dubio obviam ire conatus est Ant. Faber 15. *conject.* 7. *n.* 14. qui voluit, sub conditione, vel in diem, relictum fieri quidem interim heredis, non tamen plene, tanquam si nullo modo legatum esset, sed Jure non pleno; idque ob spem, quam habet legatarius rei adipiscendæ, cum dies, vel conditio venerit. Hæc spes, inquit, prohibet quominus legatum plene heredis fiat: proinde nil mirum, si pro tuenda voluntate testatoris legatum hoc tandem aliquando auferetur ab herede, & legatario dabitur.

Sed hæc Fabri responsio recipi non potest, tam Jure antiquo, quam novo inspecto. Nam de Jure antiquo certum est, legatum sub conditione, ea pendente, pleno Jure heredis esse. Quod mirum est ignorari a Fabro, cum id expresse habeatur in *l. generaliter*, *ff. qui & a quibus*, ibi: *Sub conditione servus legatus, pendente conditione, pleno Jure heredis est*. Idipsum habetur in *d. l. non ideo*, *ff. de reivind.* quamvis verum sit, illam legatarii spem efficere, ne possit interim servus ab herede manumitti, *d. l. generaliter*, quia scilicet conditione demum existente, libertas esset revocanda, contra regulam, quæ ait, libertatem semel impertitam, non revocari.

Sic quoque statuliber, pendente conditione, pleno Jure heredis est, *l. statuliberum*, *ff. de statuliber.* ubi Ulpianus affirmat, medio tempore heredem noxæ servum dedere posse,

l. 14. ff. de noxalib. action. l. fin. ff. si ex noxali causa agatur. Unde & statuliber pignori dari potest, *l. grege*, §. 1. *ff. de pignor.* Venit in judicium familiae ercifcundae, *l. 12. §. fin. ff. ercisc.* Sic quoque potest heres statuliberum legare, *l. 45. §. fin. ff. de fideicomm. libertatib.* ipsumque vendere potest, *l. si duorum, vers. similis, ff. de actionib. emti*, *l. fundum*, *l. qui libertati*, *ff. 1. & seqq. ff. de evictionib. l. si decem*, *d. l. statulib. ff. de statuliberis*. Ac tandem quocunque modo velit, potest alienare, *l. si ita 30. ff. de statulib.* quamvis nec alienatione, nec usucapione, libertas statuliberi post adventum conditionis, impediatur, *l. 13. C. de testam. manumiss.* Accedit, quod si statulibera interim pariat, partus heredis est, *l. 3. C. de fideicommissar. libertatib.* Chavarri *part. 1. didascaliae, cap. 13. n. 2.*

Hoc antiquum Jus videtur a Justiniano correctum in *l. fin. §. nemo itaque, C. commun. de legat.* ubi habet, legata omnia, sive pura, sive conditionalia, non esse heredis, sed aliena; quare eorum alienationem omnem inhibuit. Quod si ita indistincte admittatur, omnem jurisprudentiam evertit, ideo placet explicatio Accurs. in *v. alienum est*, ubi ait, legatum purum esse alienum re, legatum vero sub conditione esse alienum spe. Et ita cum Jure antiquo facile concordat. Discrimen inter utrumque Jus versatur in eo, quod heres, pendente conditione, licet Dominus, caret omni alienandi exercitio.

Ad dubium ergo, omissa responsione Accursii in *d. l. id quod nostrum*, dicimus regulam *Id quod nostrum*, locum habere, quoties quid nostrum factum est pure: quod non est in praesenti specie, in qua legatum conditionale fit quidem heredis, sed non pure, *d. l. fin. §. nemo itaque*, ibi: *In suis rebus pure non possidet*; quandoquidem legati conditionalis dominium transfertur a lege in heredem sub ea conditione resolutiva, si conditio legato adjecta non extiterit: quod si ea extiterit, tum eadem Juris censura aufertur ab herede dominium, & transfertur in legatarium.

II. Praesens quaestio non pertinet ad legata ususfructus, usus, & habitationis, quorum dies ante aditam hereditatem non cedit, *l. 2. ff. quando dies legat.* ut etiam legatum servo legato relictum, *l. cum legato*, *ff. tit. tit.* Sic quoque non pertinet ad libertates, quae & ipsae ab adita tantum hereditate cedunt, *l. un. §. libertatibus*, *C. de caduc. toll. l. Julianus*, *ff. de conditionibus, & demonstr.*

Hinc intelligimus *l. si habitatio*, *ff. quando dies leg. cedat.* ubi si habitatio pure legata sit, dies non cedit a morte testatoris, sed ab adita hereditate. Et ratio dicitur esse, *Quia habitatio personae cohaeret*; est enim personalis servitus. Hujus rationis ea vis est, nempe habitatio nunquam intelligitur constituta, nisi sit persona, cui acquiratur, & adhaereat: sed cum legata est, non acquiritur, nec adhaeret legatario, nisi adita hereditate. Ergo tunc constituitur, sive oritur: & propterea ex eo etiam tempore dies ejus cedit. Quae ratio in ceteris etiam servitutibus personalibus viget, ut etiam in legato servo legato relicto, & in libertatibus.

Ex quibus omnibus constare potest, inter hanc quaestionem, & regulam Catonianam versari quandam similitudinem; nam & haec ad legata conditionalia non pertinet, *l. cetera §. 1. lib. 1.* Nec ad ea, quae ab aditione hereditatis cedunt, *d. l. cum legata*, Ita nec pertinet ad libertates, *l. 3. ff. de reg. Catoniana*, ubi tamen vulgo legitur, *Catoniana regula non pertinet ad hereditates*, sed legendum, *Non pertinet ad libertates*, ut monet Cujac. 4. *observ. 4.*

Pertinet ergo haec quaestio ad legata solum pura, non tamen quaecunque, sed ad ea, quae per vindicationem relinquuntur. Haec enim ex Jure antiquo cedunt a die mortis, *l. 5. ff. quando dies legat.* Quod deinde immutavit lex Papia de caducis, qua dies non cedit, nisi ab apertis tabulis, Paulus *lib. 3. sent. Ant. August. de leg. Papia pag. 163.* Sed abolita deinde a Justiniano lege caducaria in *l. un. C. de caduc. toll.* Juris antiqui regula revixit, quae & hodie servatur. De hoc igitur legato vindicationis dubium est, nempe de re ipsius testatoris, quae actu existat, & certa species sit, aut quantitas tanquam species, veluti si nummi, qui in arca sunt, legentur, quo casu species videtur legata, *l. sed si certos*, *lib. 1.*

Et plures hac in re sunt DD. opiniones. Nos varia tempora distingui oportere putamus, & dicimus, legati puri dominium, jacente hereditate, videri esse hereditatis: sed statim ab adita hereditate non quidem heredi, sed legatario acquiri ex Juris censura, non quidem pure, sed sub tacita conditio-

ditione resolutiva, si agnoverit: secuta vero agnitione, acquiri pure, facto ipsius legatarii. Quæ omnia in sequentibus quatuor Propositionibus explicabimus simul, & tuebimur.

PROPOSITIO I.

Jacente hereditate legatum purum non est legatarii, sed hereditatis, quæ in his, quæ sunt Juris, personam defuncti repræsentat, & pro domina habetur, quandiu deliberat hæres, l. liber homo, ff. ad l. Aquiliam, l. cum hereditas, C. depositi, l. si ante, ff. de interrogationibus in Jure faciendis, l. denique, §. quæsitum, ff. quod vi, aut clam.

ID manifeste demonstratur ex *l. legatum ita, lib.* 2. ubi aperte dicitur, dominium rei pure legatæ prius esse hereditatis, deinde legatarii. Cum enim dixisset Jurisconsultus legatum esse modum acquirendi, subdit juxta Pandectas Florentinas. *Quod eo pertinet, ut si pure res relicta sit, & legatarius non repudiavit defuncti voluntatem, recta via dominium, quod hereditatis fuit, ad legatarium transeat, nunquam factum heredis*. Ubi illud, *recta via*, denotat legatum trasferri ab hereditate in legatarium, non attacto herede, ut explicatur illis ultimis verbis, *nunquam factum heredis*.

Et hac ratione intelligendus est Martianus in *l. a Titio, ff. de furtis*, in illis verbis, *Ea, quæ legantur, recta via ab eo, qui legavit, ad eum, cui legata sunt, transeunt*; non enim denotant, legata statim a testatore, cum moritur, migrare in legatarium: quod falsum esset, quia prius sunt hereditatis jacentis, a qua deinde in legatarium transeunt. Ideo ergo dicuntur transire ab eo, qui legavit, sive a defuncto, quia hereditas defuncti personam repræsentat; ut propterea cum legatum in legatarium transit ab hereditate, recte diei possit transire a defuncto, qui per eam hereditatem repræsentatur. Antonius August. ad *l. Papiam* monet, hic nullam mortis mentionem injici.

Ceterum ideo legata a morte testatoris non acquiruntur legatariis, ne hereditate postea non adita, revocarentur, quod esset absurdum, ut notat Accurs. *l. un. §. libertatibus, C. de caduc. toll.* nempe quod juris censura quæsitum est, non debet eadem Juris censura eidem auferri, ne lex, quæ certa esse debet, inconstans videretur, *l.* 2. *ff. de juris & facti ignor.* & ne fiat contra regulam textus in *l. id quod nostrum est, ff. de reg. jur.*

Quamvis autem verum sit, legatum non statim a morte testatoris legatario acquiri, tamen ab eo tempore legati pure relicti dies cedit, prorsus ut, si post id tempus legatarius moritur, legato non agnito, legatum ad heredem ejus transferatur, qui potest nomine defuncti illud agnoscere; nisi forte id fuerit legatum, quod ad heredem non transit, uti est de usufructu, *l. si post diem, ff. quando dies legatorum, l. un. §. libertatibus, C. de caduc. toll.* Quod secus est in legato conditionali, cujus dies non cedit, nisi conditione existente; nam si ea pendente, legatarius fato cedat, ipsius heres sub conditione relictum petere prohibetur, *d. l. un. §. fin. autem aliquid*.

Et in hoc distat legatum conditionale a conditionali stipulatione; quippe stipulatore ante impletam conditionem obeunte, ipsius heres, existente demum conditione, ex stipulatu agere potest, ut propterea videatur in ipsum transmissa spes crediti, §. *omnis, Instit. de verbor. oblig.* Ratio discriminis est, quia nos contrahendo, sive pure, sive sub conditione, id agimus, ut facto nostro acquiramus, non solum nobis ipsis, sed nostris etiam heredibus, *l. si pactum, in fin. ff. de probation*. Unde statutum est, ut stipulatio ex præsenti vires accipiat, & spectetur in ea tempus, quo contrahimus, *l. usufr. in fine, ff. de stipulat. servor. l. si filiusfam. ff. de verbor. oblig. l. non omne, §. 1. ff. de reg. Jur.* At vero qui legat, utilitatem legatarii ante oculos habet, non etiam heredis ipsius; hinc in legatis tempus, quo conditio existit, inspicimus: & si eo tempore legatarius vita functus sit, extinguitur legatum, nec ad legatarii heredem dicitur transmissum, Cujacius in *d. l. filiusfam.* Fab. 15. *conject.* 6.

PROPOSITIO II.

Adita hereditate legatum purum non acquiritur heredi, ne momento quidem, quamvis aliud sit de legato conditionali, ut diximus.

PAtet id ex innumeris nostri Juris locis, quorum tamen satis erit nonnullos in medium attulisse.

Patet itaque I. ex *l. peculium, §. sed & creditor, ff. de peculio*, ubi ex Juliano ait Ulpia-

Ulpianus heredem *Nullo momento dominium in servo manumisso, vel legato pure habere*. Species ita habet. Quidam heredem sibi scripsit Titium, qui erat creditor servi testatoris: deinde servum eodem testamento alteri pure legavit. Quæsitum est, utrum heres creditor servi deducat ex peculio id, quod sibi debetur: vel an id, quod servus heredi debet, censeatur esse de peculio? Ratio dubitandi fuit; quia id, quod debetur domino, non censetur de peculio esse, *d. l. peculium, in princ.* At heres nullo momento est dominus servi pure legati; quare non deducet. Fatetur Julianus, heredem nunquam intelligi dominum servi legati, tamen contendit; heredem deducere quod sibi debetur, non quia dominus, sed alia ratione, quia censetur prævenisse ceteros servi creditores. Et docet idipsum omnino esse, si servus non sit pure a testatore legatus, sed manumissus verbis directis, quam leges nostræ Orcinum libertum vocant. Qua in re nihil fuisset opus confugere ad præventionem, si heres aliquo momento esset dominus servi; nam in promtu fuisset dicere, heres deducit, quia dominus servi: ut in eodem textu dicitur, cum servus sub conditione legatum est, vel sub conditione manumissus; tunc enim non dubitatur, heredem deducere, *Dominus enim factus est*, ut sunt verba textus *ibidem*.

Et attendenda est comparatio, quam Julianus facit inter servum purum legatum, & servum manumissum; nam Orcinus libertus nunquam fuit heredis: quippe si uno saltem momento fuisset heredis, diceretur heredis ipsius libertus, quod omnes leges negant, quæ volunt eum esse libertum defuncti, §. 1. *Instit. de heredum qualitate, & differentia, & l. pen. §. Damæ, lib. 2.* Unde fluxit, ut Orcinus libertus diceretur, hoc est, domini, qui ad Orcum properavit. Quocirca affirmandum est, eodem modo legatum purum nullo momento heredis esse.

Unde apparet, non esse audiendum Ant. Fabrum, qui 14. *conject.* 20 *num.* 3. ait, heredem adeundo fieri dominum rei legatæ uno instanti, quo eodem instanti dominium ei aufertur, & conceditur legatario; quod sane repugnat Ulpiano in *d. §. sed & creditor*: præter quam quod uno instanti duæ actiones consequentes fieri nequeunt, hoc est, acquisitio, & ablatio domini respectu ejusdem heredis. Nec ratio Fabri quidquam urget; ait enim legatum non continuari in legatarium, sed transferri; heres enim tantummodo dicitur continuare dominium defuncti, utque una, & eadem persona cum defuncto censetur. Ceterum hæc translatio indiget duobus extremis, nempe a quo, & ad quod, DD. post Bald. *l. 1. C. de Jur. dot.* quare debet dici legatum acquiri heredi, ut sit a quo transferatur in legatarium. Hæc, inquam, ratio nihil urget; nam quam facillime respondetur, terminum a quo esse hereditatem, quæ cum jacet, legatum tanquam domina habet, ut diximus; ab ea ergo aufertur, & transfertur in legatarium.

Patet II. ex *cit. Jurib.* in *l. a Titio, ff. de furtis*, & in *l. legatam ita, lib. 2.* in quibus non diceretur legatum recta via a defuncto, sive ab hereditate transire in legatarium, si ullo momento esset in herede; præsertim cum in *d. l. legatum ita*, verba illa, *recta via*, aperte explicentur illis aliis, *nunquam factum heredis*, ut notavimus. Et in *d. l. a Titio*, non solum dicitur, legata recta via transire in legatarium, sed etiam de servo pure legato habetur, *Nec post aditam quidem hereditatem Titii*, hoc est, heredis, *factus est*; ex quo ibidem deducitur, si servi legati nomine heres habeat actionem furti, eam per aditionem non confundi, quia heres per aditionem, rei legatæ non fit dominus. Concordat textus in *l. si servus legatus ff. de noxalib. action.*

Hinc rejicitur explicatio Cujac. in *l. legato servo lib. 1.* quia voluit prædict. ll. accipi debere, per interpretationem quandam, quoniam agnitio legati retrotrahitur. Nam agnitio legati hac in re est similis aditioni. Quippe aditio hereditatis retrotrahitur, & qui adit, videtur successisse ex die mortis, *l. heres quandoque, ff. de acq. hered. l. si ex te, §. ult. ff. de stipulat. servor.* Ita etiam agnitio legati retrotrahitur ad diem aditæ hereditatis. Rejicitur, inquam, quia in *cit. Jurib.* non solum dicitur legatum acquiri legatario, de qua re infra, sed etiam nunquam intelligi factum heredis: & proinde actiones non confundi. Quæ omnia veritatem denotant, non fictionem.

Sed Adversarii, qui Rogerii opinionem tuentur, multa objiciunt, quibus satisfaciendum est.

Objiciunt I. ex *l. Papin.* alias, *in omnibus* 18. *ff. de servitutib.* ubi si fundus heredis instituti

stituti servitutem habeat in fundo, quem testator alteri legavit; adita deinde hereditate, servitus confunditur, id est, extinguitur; & quamvis summo Jure fundus legatus liber deberet præstari, tamen ait Papinianus, *Doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur servitutem iterum imponi*. Jam hujusce confusionis alia ratio esse non potest, nisi quia heres, qui erat Dominus fundi dominantis, adeundo factus est etiam Dominus fundi servientis, hoc est, fundi legati; quo casu tollitur servitus, quia prædium meum servitutem debere prædio meo non potest, *l. 1. ff. quemadmodum servitut. amittantur*, *l. quidquid*, *ff communia prædior.* Ideo autem heredi adversus legatarium, qui liberum fundum petit, competit doli exceptio, quia fundus legatus talis præstari debet, qualis relictus est, *l. legatum est*, *§. fundus lib.* 1. proinde fundus legatus non aliter præstandus est, quam si legatarius iterum patiatur servitutem imponi.

Ad hanc difficulatem tollendam varie distinguit Accurs. Nam primo ait, Papinianum intelligi de legato conditionali; cum enim conditionale legatum pendente conditione heredis sit, inde fit servitutem confundi, si fundus heredis servitutem habebat in fundo testatoris legato. Quæ Accurs. interpretatio vim habet ex *l. cum filius*, *§. Dominus*, *lib.* 2. ubi expresse idem Papinianus ait, servitutes sive personales, sive prædiales, confundi, quoties testator sub conditione legavit. Qui textus satis notabilis est pro responsione Accurs. quæ immerito displicuit Cujac. in *d. l. Papinianus*. Sane mihi videtur Papinianus se ipsum explicare.

II. Ait Accurs. textum intelligi posse de legato damnationis, cum scilicet testator prædium heredis servum legat. Et hoc placuit Cujac. in *l. legatarius*, *§. 1. lib.* 1. Species ergo *dicta l. Papian.* ita ponenda erit. Testator prædium heredis, quod servitutem itineris debebat prædio testatoris, legavit Sempronio; quod legatum nisi per damnationem fieri non potest. Ex aditione hereditatis confusa servitus est, cum heres factus sit Dominus utriusque prædii dominantis, & servientis. Ait lex, legatarium debere pati iterum prædio legato servitutem itineris imponi: scilicet, ut sicut olim serviebat testatori, ita nunc serviat heredi instituto in prædio dominante; aliter exceptione doli repelletur, quia accipere velit prædium melioris conditionis, quam legatum fuerat.

Neque dicas, textum in *l. Papinian.*, non distinguere, utrum prædium serviens legatum fuerit testatoris, an heredis, vel utrum legatum fuerit conditionale, an purum; nam responderur legem satis distinguere: non enim ait, omnes servitutes aditione confundi, sed dicit, *In omnibus servitutibus, quæ aditione confusæ sunt, &c.* ubi illud, *quæ aditione confusæ sunt*, causa distinctionis apponitur, & denotat, non omnes servitutes confundi aditione; quocirca dicendum illas non confundi, quæ inhærent prædiis pure, &. per vindicationem relictis. Imo etiamsi nulla distinctionis umbra esset in *d. l. Papinian.* tamen nihil obstaret, & adhuc esset distinguenda juxta eundem Papinianum in *d.d. cum filius §. Dominus*. Non enim novum est in Jure nostro, unam legem per aliam explicari, distingui, restringi, vel produci. Præterea, cum textus addit, *Doli exceptionem nocituram legatario, si non patiatur eas iterum imponi*; denuo coarctandum est illud, *In omnibus servitutibus*, scilicet, ut locum habeat in servitutibus prædialibus, non etiam in personalibus, nempe in usufructu: ususfructus enim est pars rei, servitutes prædiales non item: nam si proprietarius heredem instituat fructuarium, & ab eo leget servum, vel fundum fructuarium alteri, alio Jure utimur; nempe quamvis aditione ususfructus confundatur, legatarius tamen non cogitur heredi rursus cedere usumfructum ex textu in *l. is cujus*, & in *d. l. cum filius*, *§. Dominus lib.* 2. Rationem præstat Hugo ex *d. §. Dominus*, quia qui legat fundum, plenum Jus legat, ut supra etiam diximus. Itaque testator hoc casu legavit partim rem suam, scilicet proprietatem, partim rem heredis, hoc est usumfructum.

Alia fortasse est species textus in *l. hujusmodi*, *§. ædes lib.* 1. ubi ædes, quibus heredis ædes serviebant, legatæ sunt, & traditæ legatario, non imposita servitute. Ait Julianus, posse legatarium ex testamento agere, quia non plenum legatum accepisset. Nam etsi Accurs. id etiam intelligat, quoties legatum conditionale est, tamen nihil necesse est ad id confugere, cum possit species poni in ædibus non testatoris (non enim hoc dicit textus) sed extranei, ut legatum sit non vindicationis, sed damnationis. Pone, ædibus Titii

Titii serviebant ædes instituti heredis. Testator legavit Cajo ædes Titii. Hæres adivit, & ut solveret legatum Cajo, emit ædes Titii. Hic confusio fit non ex aditione hereditatis, neque hoc dicit textus, sed ex emtione, cujus causa heres; qui erat Dominus ædium servientium, nactus est etiam dominium ædium dominantium. Si ergo heres ædes emtas tradit legatario non imposita servitute, utique non tradit ædes uti legatæ sunt, sed diminutas; & proinde potest cum eo ex testamento agi, ut plenum legatum tradat, hoc est, ut servitutem imponat. Ita etiam intelligendus est textus in *l. legatum est*, §. *ult. lib.* 1. Sed si sentire velimus de legato conditionali, non repugno.

Objiciunt II. ex *l. huic scripturæ*, *ff. ad l. Aquiliam*, ubi si servus legatus vulneratus sit ante aditam hereditatem, ait Ulpianus actionem legis Aquiliæ in hereditate remanere, sed cedere eam legatario heredem oportere. Ex quibus verbis aperte putant colligi, legatum aditione heredi acquiri; nam legis Aquiliæ actio domino datur, non solum ex primo capite, sed etiam ex tertio, *l. si servus servum*, §. *tertio autem*, *ff. tit. tit.* in illis verbis, *Tantum æs Domino dare damnas esto*.

Facile tamen responsio patebit, si meminerimus, quod notant Jurisconsulti Græci in *l. si dominium*, *ff. de furt.* nempe si servus legatus fit surreptus ante aditam hereditatem, ideo actionem furti non tribui legatario, quia legatarius successor est rei, non juris, aut actionis; sed eam tribui heredi, non tanquam Domino servi, sed tanquam heredi ipsius Domini. Ex nova tamen contrectatione legatario actio furti competit, eum scilicet fur post aditam hereditatem, rem denuo contrectavit, *l. si is qui rem* 68. *ff. tit. tit.* Ita ergo in specie proposita, vulnerato servo ante aditam hereditatem, actionem non habebit legatarius, quia successor particularis est rei successor, non juris; sed eam adita hereditate habebit heres, qui est Domini successor, cum eo tamen, ut eandem actionem cedat legatario, qui Dominus servi factus est.

Hinc est, quod si nomen legatum sit, legatarius non consequitur actionem directam, nisi per cessionem heredis, quamvis eo non cedente, utilem habeat, *l. ex legato*, *C. de legat.*

PROPOSITIO III.

Adita hereditate legatum purum ex Juris censura acquiritur legatario etiam ignoranti, sub conditione si agnoverit; quare aditionem hereditatis non modo legata confirmantur, sed etiam eorundem dominium transit in legatarios, ut aperte disponitur in d. l. a Titio, *&* d. l. legatum ita.

PRobatur I. ex *l. si partem*, §. *si per fundum*, *ff. quemadmodum servitutes amittantur*; ubi si testator per fundum suum viam Titio legaverit, Titius, post aditam hereditatem, non utendo, viam amittit, quamvis ignoret viam esse sibi legatam. Ex quibus I. patet, legatarium statim adita hereditate viam acquisivisse; nam non amittimus, nisi quod acquisivimus, cum privatio præsupponat habitum. II. Legatum etiam ignoranti acquiri, *l. cum pater*, §. *surdo lib.* 2.

Objicies ex Cujacio in *l. legatum servo*, *ad fin. lib.* 1. cum dicit, dominium non acquiri, nisi scienti, legatum vero dici acquiri legatario ignoranti, in quantum ad actionem ex testamento, quæ competit legati nomine, ex *l. filiusfam. ff. qui testam. facere*, ubi furiosus dicitur sibi acquirere legatum, vel fideicommissum; & comprobatur hac ratione, quia compotibus mentis personales actiones etiam ignorantibus acquiruntur. Idem voluerunt antiqui quidam Jurisconsulti apud Accursium in *d. l. filiusfam.* & in *l.* 2. *C. quando dies legator.*

Respondetur cum Fabro 8. *conject.* 19. id reprobari aperte ex ipso §. *si per fundum*; quippe dicitur, legatarium ignorantem non utendo viam amittere; ergo sermo est de dominio, non de actione, quæ non amittitur non utendo via, sed non agendo, seu non proponendo eam in judicio adversus heredem. Quare utrumque verum erit, & actionem, & dominium ignoranti acquiri.

II. Probatur ex *l. liber homo* 13. *ff. ad l. Aquiliam*; nam si servus legatus post aditam hereditatem sit occisus, dicitur competere legis Aquiliæ actionem legatario, sub conditione, si legatum agnoverit. Jam autem diximus, legis hujus actionem, nisi Domino, vel heredi ipsius, non dari; eum ergo legatarius eam non habeat ut heres consequens fit, ut habeat tanquam Dominus. Idipsum comprobari

bari posset ex innumeris aliis Juris nostri locis in *l. si tibi homo*, §. *cum servus*, in *l. servum filii*, §. 1. *lib.* 1. ubi Accurs. leges concordantes adducit.

Objicies cum Cujacio, quod est delatum potest repudiari, quod vero est quæsitum, non potest, ut distinguitur in *l. delata*, *ff. de verbor. sign.* & in *l.* 1. §. *decretalis*, *ff. successorio edict.* Ergo legatum post aditam hereditatem non est quæsitum, sed delatum, cum in ea causa sit, ut agnosci, vel repudiari possit.

Respondemus concedendo legatum esse delatum, & negando non esse quæsitum, si intelligamus de quæsitione sub conditione resolutiva, si agnoverit. Cum autem dicitur, quod est acquisitum, non posse repudiari, dicimus id verum esse de acquisitione omnino pura, quæ nostro facto fit, veluti est, cum heres adit, cum legatarius agnoscit; at verum non esse de acquisitione facta sub conditione ex Juris potestate; cum enim sit sub conditione si agnoverit, utique includit posse legatarium agnoscere, aut repudiare.

Ideo autem dicere necesse est, legatum post aditionem statim fieri legatarii, ut alterutrum absurdum vitemus. Nam aliter vel necesse est dicere cum eodem Cujacio, interim legatum fieri heredis, quod tot legibus jam citatis in *propos.* 2. adversatur: Vel dicere, dominium legati interim esse in suspenso, ut nonnulli apud Soccinum hic in *ultima opinione*. Quod utique esse absurdum per se patet; & in *l. si tibi homo*, §. *cum servus*, *lib.* 1. quam per se allegant, non dicitur dominium legati, sed servum legatum esse in suspenso, donec legatarius deliberet.

PROPOSITIO ULTIMA.

Agnitione acquiritur legatum legatario facto suo, irrevocabiliter.

ET ita intelligendus est textus in *l. ei qui ita*, *ff. de conditionibus institutionum*, ubi legatum dicitur acquiri per agnitionem, ut hereditas per aditionem; ubi Accurs. hanc duplicem acquisitionem in legatis agnoscit, unam ex Juris censura, & revocabilem, & est ab adita hereditate, si legatum est purum, a purificata conditione, si est conditionale: alteram facto ipsius legatarii, irrevocabilem, & est per agnitionem, quæ agnitio confirmat præcedentem acquisitionem factam ex Juris censura per aditionem heredis; nam *Ubi legatarius non repudiavit, retro ipsius fuisse videtur res, ex quo adita hereditas est: si vero repudiavit, retro videtur res repudiata fuisse heredis*, ut ait Ulpianus in *d. l. servum filii*, §. 1. *lib.* 1. Quocirca status rei legatæ videtur esse in suspenso, donec legatarius deliberet, *d. l. si tibi homo*, §. *cum servus lib.* 1.

Hinc fit, ut non dicatur alienare, qui legatum etiam post aditam hereditatem repudiat, *l. si sponsus*, §. *si maritus*, *ff. de donationibus inter virum*, & debitor non videatur fecisse in fraudem creditorum, nec libertus in fraudem patroni, si legatum rejiciant, *l. qui autem*, §. *sed & illud*, *ff. quæ in fraudem creditor. l.* 1. §. *utrum*, *ff. quæ in fraudem patroni*; nempe quamvis legatum retro nostrum sit, nisi repudietur; attamen cum repudiatur, retro nostrum non fuisse palam est, ut dicitur in *d. l.* 1. §. *utrum*. Excepto uno pupillo, qui ex speciali favore fundum legatum sine Prætoris auctoritate repudiare non potest, *l. magis puto*, §. *fundum*, *ff. de reb. cor.*

QUÆSTIO IV.

Ex quo tempore Usuræ, & Fructus legatorum præstentur.

SEparat Accursius in quibusdam usuras a fructibus, in aliis vero conjungit. Docet enim usuras legatorum, ut etiam fideicommissorum, ex eo tempore, quo lis contestata est, deberi, nisi alia mora præcesserit; nam si interpellatio extrajudicialis præcessit, exinde deberi usuras. Hoc idem intelligi voluit in fructibus: at non semper, sed cum res legata aliena est; nam si fuit testatoris, tunc quia ab adita hereditate rei legatæ dominium transit in legatarium, ex eo etiam tempore fructus legatario deberi; quia res Domino frugifera est. Nisi excusetur heres propter bonam fidem, veluti si nesciebat rem esse legatam. Ita ipse in *l.* 1. *v. contestata*, & in *l. ult. v. contestationem*, *C. de usur. & fructib. legator.* Sequitur Bartolus *ibid.*

Hæc explicanda, & examinanda sunt. Usuræ nomine hic non venit ea, quæ dicitur conventionalis, hoc est fœnus sortis, quod debetur ex conventione, sive stipulatione contrahentium, curritque statim a prima numeratione pecuniæ. Sed venit ea, quæ dicitur legalis, & est accessio ad sortem, quæ ex officio Judicis debetur, & non currit statim,

sed

sed è mora, vel tardiori solutione, non ut creditor sit in lucro, sed ne sit in damno, *l. cum quidam*, §. *si pupillo*, & §. *ex locato*, *ff. de usuris*.

Hæc legalis usura non debetur ex omnibus negotiis, sed ex contractibus bonæ fidei dumtaxat, ut passim in Jure civili cautum est, *l.* 1. ubi Cujac. *ad Papin. l. mora*, *d. l. cum quidam*, §. *ex locato*, *ff. eit. tit. l. Lucius Titius* 24. *ff. depositi*, *l.* 2. *C. eod. l. Præses*, *C. de locato*, *& conducto*. Addemus his legata, & fideicommissa; nam licet actiones, quibus ipsa petuntur, bonæ fidei non sint (quippe actiones ex testamento stricti Juris sunt, §. *actionum*, *Institutionib. de actionib.*) tamen ipsarum usuras post moram deberi constitutum est, *l.* 1. *&* 2. *C. de fructib. legator. l. Titia Sejo*, §. 1. *lib.* 2. *l.* 24. *ff. de usufr. legat.* scilicet ut ita defunctorum voluntates melius conserventur. Ex quo etiam factum est, ut in quantum ad moram, legata & fideicommissa exæquata sint contractibus bonæ fidei, *l. usura vicem*, *ff. de usur. l. in minorum* 3. *C. in quib. causis in integrum restitut.* Hæ vero usuræ legitimæ non sunt, hoc est, earum quantitas a lege statuta non est, sed ipsarum modus arbitrio Judicis ex more regionis constituendus est, Papinianus in *d. l.* 1. *ff. de usuri*

Ceterum non solum fœnus, seu usura conventionalis, sed usura etiam legalis ex sola & simplici mora præstanda, contra justitiam est; quæ non patitur, creditorem plus capere, quam illi absit, ut contra Petrum Gregorium tuetur Leotard. *de usur. quæst.* 4. *nu.* 35. *& seq.* Quidam tamen excusant legem civilem, quia hæc legalis usura vere usura non est, sed pœna, quæ infligitur ob moram, *d. l. cum quidam*, §. *si pupillo*; mora enim delictum est, quia per eam injuria afficitur creditor, dum detinetur res ipsius ipso invito, ut ait Cajet. in 2. 2. *q.* 78. *art.* 2. §. *nunc superest.* Ergo aliqua pœna debet puniri, quæ erit usura ista legalis. Aliter leges de fœnore excusantur a D. Th. *l. cit. art.* 1. *ad* 3. nempe leges humanas dimittere aliqua peccata impunita, quia inter homines, qui ut plurimum imperfecti virtute sunt, multa utilia impedirentur, si omnia peccata districte prohiberentur. Quare lex humana multa concedit, & impunita relinquit, quæ per divinam Justitiam vindicantur, ut ait D. Aug. 1. *de lib. arbitr.* 5. Vide *D. Th.* 1. 2. *qu.* 96. *art.* 2.

Hinc factum est, ut Jus Canonicum adhærens Juri Divino, vetet ex sola & simplici mora quidquam exigi posse. Si tamen ob eam moram lucrum creditori cesset, vel damnum emergat, recte peti potest non usura, sed id, quod interest; nam id, quod interest, dicitur id, quod per adversarium amisimus, vel habere non potuimus, *l. generaliter*, *ff. de reg. Jur.* Igitur quidquid in præsenti quæstione dicemus de usuris juxta Jus civile, id ita capi oportet, quasi dictum sit de eo, quod interest.

Distant usuræ a fructibus, quia usuræ accedunt quantitati, non corpori, *l.* 3. §. *ult. ff. de usur.* fructus vero accedunt corpori, non quantitati. Quia autem usuræ vicem fructuum obtinent, propterea non debent a fructibus separari, & simul veniunt in judiciis bonæ fidei, *d. l. usura vicem*, *ff. cit. tit.* Sub nomine fructuum hic late accepto veniunt etiam pensiones domorum, vecturæ navium, & equorum, partus ancillarum, mercedes servorum, legata ipsis relicta, & reliqua id genus. Et ita accipitur in *tit. C. de usuris*, *& fruct. legator.*

Præterea circa moram contrahendam, quinque omnino casus distinguendi sunt. Primus est in obligatione pura, ubi mora per interpellationem contrahitur, sive in judicio, ut accidit in litis contestatione, sive extra Judicium. Secundus etiam in pura est, quæ tamen favore, & privilegiis a nostro Jure fovetur: & in hac obligatione mora statim, re ipsa, & sine interpellatione commissa censetur. Tertius quoque est circa obligationem puram, sed cui tempus & dilatio insit, quo casu mora contrahitur eo tempore elapso. Quartus consideratur in obligatione sub conditione, vel ea, quæ incertum tempus habet; & in hac quoque hominis interpellatio ad moram exigitur. Ultimus est in obligatione in diem, ubi diei lapsus interveniat opus est, ut mora commissa dicatur. Hæc omnia latissime a nobis discussa sunt in commentario *de mora*; verum hic pauca hæc summatim notasse fuit necesse, ut præsens quæstio recte examinari posset. Interim meminerimus, moram, quæ contrahitur sine ulla interpellatione, sed ex æquitate, in quibusdam negotiis privilegio dignis, a DD. vocari irregularem: e contrario eam, quæ per interpellationem contrahitur, sive interpellatio hominis sit, sive diei in contractu appo-

sitæ, dici regularem, Barbosa in *l. mora*, *num.* 8. *ff. sol. matr.* & alii passim.

I. Itaque casus est, cum legatum est purum, tunc usuræ & fructus non debentur, nisi legatarius opportune interpellet heredem, ut sibi legatum præstet: nec dicitur opportune interpellare, nisi post aditam hereditatem, tum quia ex eo tempore confirmantur legata; tum etiam, quia ex eo etiam tempore legatarius habet Jus agnoscendi, vel repudiandi legatum. Sed quæstionis est, quæ interpellatio exigatur.

Et quidam veteres Jurisconsulti, de quibus meminit Accursius in *l. quæsitum est* 93. §. *ult. lib.* 1. docuerunt non esse satis heredem extra judicium a legatario interpellari, sed omnino exigi litis contestationem, quod etiam tuetur Corasius 2. *miscell.* 7. a *n.* 2.

Moventur ex pluribus I. ex *d. l. quæsitum*, §. *ult.* ubi regula statuitur, cum legata ex testamento petuntur, causam ejus temporis, quo lis contestabatur, repræsentari debere actori, hoc est, solvi ei deberi non solum legatum ipsum, sed legati accessiones ex die litis contestatæ. Et loquitur textus generatim de omnibus accessionibus, & emolumentis rei legatæ, uti fructus prædiorum rusticorum, partus ancillæ, obventiones, quæ servo legato acquiruntur ex legato sibi relicto, & similiter. Videtur obstare textus in *l.un.§.libertatib. C.de cad.toll.*ubi relicta servis legatis cedunt ab adita hereditate. Sed id Accurs. intelligit, quando testator legavit servum una cum legato eidem servo ab illo antecedenter relicto. Et hæc omnia docet legatario deberi ex contestatione litis, sive si post litem contestatam accidant, & percipiantur.

II. Moventur ex *l.* 1. *C. de usur. legator.* in qua manifestum esse dicitur, usuras legatorum, fructus rerum, & mercedes servorum, quæ ex testamento debentur, non præstari, nisi ex quo lis contestata est. Idipsum patet ex *l.* 2. *in fin.* & clarius in *l. ult.* cujus hæc verba sunt: *in legatis & fideicommissis fructus post litis contestationem, non ex die mortis consequuntur, sive in rem, sive in personam agatur*. Ubi notatu dignum est, hinc redargui eorum opinionem, qui docent usuras, & fructus legatorum deberi ex die mortis per retrotractionem, quod hic expresse negatur.

III. Moventur ex *l. usuræ vicem*, juncta *l. lite contestata*, *ff. de usuris*, in quibus tria legatorum judicia comparantur judiciis bonæ fidei: præterea in judiciis istis usuras deberi lite contestata; tandem quod dicitur de usuris, idem locum habere in fructibus. Ex quibus non solum habetur conclusio suprapòsita, sed ratio etiam conclusionis, quæ dependet ex regula judiciorum bonæ fidei, in quibus usuræ veniunt a lite contestata.

His tamen non obstantibus, in quantum ad usuras (nam de fructibus mox dicemus) recepta est opinio Joannis, veteris nostri Juris interpretis, de quo in *d. l. quæsitum*, §. *ult.* qui voluit, usuras legatorum deberi quidem a lite contestata, si alia mora non præcessit; & ita interpretantur *ll.* omnes supracitatæ; nam si hæc præcessit, ut sit legatarius extra judicium opportune heredem de legato solvendo interpellavit, & heres non solvat; eo casu usuras docuit esse præstandas a die interpellationis istius. Quod etiam secutus est Accursius, post alios Marinis 2. *resol.* 122.

Probant id ex eo, quod passim in Jure nostro generatim dicitur, usuras legatorum venire ex mora, *l. si quis servo*, *l. Titia Sejo*, §. *usuras*, *lib.* 2. *l.* 1. §. *bellissime*, *ff. ut legator. nomen caveatur*, *cum concordantib.* Mora autem contrahitur non solum ex interpellatione judiciali, quæ fit per litis contestationem, de qua in *l. nemo*, *ff. de verbor. oblig.* sed contrahitur etiam ex interpellatione extrajudiciali, cum privatim debitor a creditore convenitur, *l. videamus* 38. §. *si actionem*, *ff. de usur. l. qui Romæ*, §. *coheredes*, *ff. de verbor. oblig.* & passim alibi. Ergo si usuræ simpliciter, & generatim debentur ex mora consequens omnino est, ut præstentur non solum a lite contestata, sed etiam ab interpellatione extra judicium.

Ita quoque intelligitur id, quod dicitur, in Judiciis bonæ fidei usuras præstari ex lite contestata; scilicet id verum esse, si alia mora non præcessit; nam in *l. mora*, §. *in bonæ fidei*, *ff. de usuris*, generatim habetur: *In bonæ fidei contractibus ex mora usura debentur*. Cum e contrario in contractibus stricti Juris usuræ ne quidem a tempore litis contestatæ currant, *l.* 1. *C. de condict. indebit. l. quoties*, *C. de condict. ob turpem caus.* nisi sint a creditore stipulatæ, quo casu, quod in stipulatione conventum est, attenditur, *l. quamvis C. de usur.* Ratio est; quia in contractibus stricti Juris nihil subintelligitur, & id tantum venit, quod expressum est.

Accur-

Accursius tamen in fructibus legatorum aliud Juris esse voluit; nam quamvis concedat, in re aliena legato, seu legato damnationis fructus deberi a die moræ; secus tamen esse docuit, quoties res testatoris legata est, ut in legato vindicationis; cum enim hujus rei dominium transeat in legatarium ab adita hereditate, inde fit ex eodem tempore fructus ejusdem rei legatario deberi.

Verius tamen est, fructus esse præstandos vel ex die litis contestatæ, vel si præcessit interpellatio extra judicium, ex die interpellationis; nam in *d. l. ult. C. de usur. & fructib. legator.* expresse dicitur, non solum usuras, sed etiam fructus legatorum deberi a lite contestata, sive in rem, sive in personam agatur. Ex quibus verbis aperte refellitur responsio Accursii, qui id accipi voluit de legato rei alienæ, non etiam de re propria testatoris; refellitur, inquam, quoniam non potest agi in rem, nisi res sit testatoris. Quæ distinctio nec etiam recipienda est in *l. equis, ff. de usur.* ubi generatim dicitur, equis per fideicommissum legatis, post moram heredis fœtus quoque deberi; quamvis secus sit in edictio legato, quod est corpus dejunctum; tunc enim etsi nulla mora intercesserit, fœtus, qui nascuntur etiam vivo testatore, gregi accedunt, ex regula, quod omne rei legatæ augumentum, vel decrementum, pertinet non ad heredem, sed ad legatarium, §. *si grex, Instit. de legat.*

Idipsum confirmatur ratione; quia donec legatarius petat legatum, heres tanquam ignorans, vel dubitans, an legatarius legatum velit, dicitur bona fide possidere, & propterea fructus omnes, quos percepit, facit suos; nam in quantum ad fructus, bonæ fidei possessor habetur loco Domini, *l. bonæ fidei, ff. de acq. rer. dom.* Idque manifeste patet ex eo, quia si legatarius 30. annorum spatio legatum non petat, actio est præscripta, Faber. in *C. lib. 7. tit. de præscr. def.* 20.

Constat id etiam aperte ex *l. in fideicommissi 3. ff. de usur.* ubi dicitur, fructus fideicommissi deberi a die moræ, tam si mora facta sit ab herede ante admonitionem Judicis, ut restituat, quam si facta sit post admonitionem per litis contestationem. Quo etiam in textu traditur nobilis differentia inter utramque moram respectu induciarum quatuor mensium, quæ dantur judicatis. Quod hic explicandum est ad intelligentiam prædicti textus, alioquin obscuri.

Sed I. notandum est, persecutionem fideicommissi esse arbitrariam, utpote in qua duæ sententiæ interveniebant, quarum prior strictius *Arbitrium* dicitur, juxta textum in §. *præterea quasdam, Instit. de actionib.* At in nostro textu ambæ indistincte appellantur *sententiæ*. Primo itaque jubebat Judex, fideicommissum restitui. Si heres abnuebat, sequebatur condemnatio, una cum pœnis, veluti ejus, quod interest, vel quanti in litem juratum fuerit, Accursius *d. §. præterea quasdam, v. ex arbitrio*, & latius ibi a nobis expositum est. De Prætore fideicommissario meminit etiam Justin. in §. 1. *Instit. de fideicomm. hereditat.*

Notandum II. Heredi, vel cuilibet alio damnato per ultimam sententiam, dari inducias quatuor mensium ad solvendum gratia humanitatis, *l. si cum mihi, in fin. ff. de compensationib.* hoc est, ut *interim respiret paululum*, ut interpretatur Harmenopulus.

His positis, noster textus duas regulas statuit. Prior est, Si mora ab herede facta sit ante Judicis arbitrium, ob interpellationem extrajudicialem fideicommissarii, a die moræ sine intermissione debentur fructus etiam post condemnationem, & per totum spatium induciarum: quia *ea temporis intercapedo judicatis dilationem dare, non lucrum afferre debet*.

Posterior est, Si mora cœpta sit post arbitrium, per litis contestationem, ab eo tempore fructus debentur usque ad postremam sententiam, seu condemnationem. Tempus autem induciarum erit immune a præstatione fructuum ex decreto D. Marci Antonini; quia enim mora cœpit a lite, effectus moræ, hoc est, præstatio fructuum manebit lite durante, quæ utique lis durat usque ad condemnationem, nec comprehendit tempus induciarum, seu judicati. Hæc est interpretatio illius textus ex Cujacio in *l. cum servus, §. fructus, lib.* 1. Ex quibus, ut dicebam, palam est, fructus fideicommissorum ex die moræ deberi, sive ea in judicio, sive extra judicium contracta sit, tam si res sit testatoris, quam si aliena.

Ex hac explicatione capimus, quid velit Papinian. in *l. qui solidum, §. etiam lib.* 2. cum ait, *Si Syndicus Universitatis, seu Reipublicæ, post sententiam de restituendo fideicommisso moram fecerit, Rempublicam ipsam ad usuras fideicommissi præstandas teneri*. Quod utique intelligendus est de prima sententia,

B b 2 seu

seu de arbitrio Judicis fideicommissarii, ex quo tempore ob litis contestationem mora judicialis currit; nam si intelligatur de ultima sententia, seu condemnatione, falsum esset; non enim tunc mora committitur, sed est commissa ante, cum lis contestabatur.

Hinc apparet, nihil obstare regulam, quod res fructificat Domino; nam id verum est, si res a bonæ fidei possessore non detineatur; quare interpellatione opus est, ut heres factus malæ fidei possessor, fructus, quos post moram percipit, restituere cogatur.

Sed per Accurs. multa objiciuntur. I. ex *l. Herennius* 1. *ff. de usuris*, ubi Modestinus respondit, *Fructus, qui post acquisitum ex causa fideicommissi dominium ex terra percipiuntur, ad fideicommissarium pertinere; licet major pars anni ante diem fideicommissi cedentem præteriisse dicatur*. Ex quo textu colligunt, fructus ante petitionem legati, vel fideicommissi, spectare ad legatarium, vel fideicommissarium. Quocirca Accurs. ibi v. *post acquisitum*, ita interpretando, ait; *id est post aditam hereditatem, non a die mortis*.

Hic textus plurimum torsit DD. Sed certum est, hic nullum sermonem haberi de adita hereditate, sed solum de tempore restitutionis fideicommissi in diem: quo casu heres sine interpellatione ex solo diei adventu est in mora, ut infra in ultimo casu dicemus. Quæstio vero fuit inter heredem, & fideicommissarium, de fructibus, qui tempore restitutionis pendebant; species enim ita se habet. Testator rogavit heredem, ut post Kalendas Octobres proximas fundum restitueret, & mortuo testatore Kalendis Januarii, heres adivit hereditatem. Veniente die heres ne esset in mora separatum obtulit ad restitutionem fundi, sed fructus vindemiæ, quæ pendebat Kal. Octobres, petiit dividendos inter se, & fideicommissarium, pro rata anni, utpote qui ab ipso essent curati; nam fundus pro majore parte anni apud ipsum heredem perstitit. Idque exemplo fundi dotalis, cujus fructus, matrimonio ante annum soluto, dividuntur inter virum, & uxorem pro rata anni, *l. divortio in princ. ff. sol. matrimonio*. Respondit tamen Modestinus, fructus omnes, qui pendent tempore restitutionis, pertinere ad fideicommissarium: nam heres in re, quam restituere debet, non est tanquam dominus, ut maritus in fundo dotali, sed habetur ut fructuarius, nisi quod ususfructus finitur morte, & fruitio heredis finitur adveniente die restitutionis. Ergo sicut finito ususfructu, fructus pendentes omnes non pertinent ad fructuarii heredem, sed ad proprietarium, etiamsi maturi fructus sint, *l. in singulos, ff. de annuis legatis*; ita quoque adveniente die fideicommissi, fructus omnes, qui eo tempore pendent, licet curati ab herede, pertinent ad fideicommissarium. Neque enim recipienda est opinio Cujacii 24. *obs.* 21. & Gothofredi in §. *his consequenter lib.* 2. *Feudorum tit.* 28. qui volunt, fructus pro rata anni dividendos esse inter heredem fructuarii & proprietarium, contra textum in *d. l. in singulos*.

Fallitur itaque Faber 7. *conject.* 3. dum putat omnes fructus ab adita hereditate ex sententia Modestini ad fideicommissarium pertinere, id quod mirabile ipse esse fatetur. Melius dixisset id esse falsum; nam Modestinus loquitur tantum de fructibus, post acquisitum fideicommissum, quod in fideicommisso in diem acquiritur ex adventu diei; sive ex diei cessione, quæ heredem constituit in mora, sine interpellatione, *l. pecuniæ*, §. *usurarum, ff. de usuris*, *l. ad diem, ff. de verb. oblig. l. magnam, C. de contrah. emt.* & infra latius. Sed illud maxime notandum, prædictum textum non loqui de fructibus, qui usurarum vice sunt, & ob moram debentur; sed tantum de fructibus, qui pars legati, seu fideicommissi sunt, & veniunt ut principales, non ut accessorii.

II. Ex *l. quæsitum, ff. de acq. rer. domin.* ubi Africanus hæc habet: *Si fundum suum quis legaverit, heres, qui eum legatum esse sciat, procul dubio fructus ex eo suos non faciet.* Unde Accurs. in *l.* 1. *v. fructus, C. de usur. legator.* deduxit a contrario sensu, tunc heredem non cogi fructus ab adita hereditate restituere, cum est in bona fide, nesciens rem esse legatam.

Huic textui, ut Faber ait, *loc. cit.* nullus dum satisfecit, ne quidem Cujacius, aut quisquis ille est, qui ad Africanum eleganter scripsit. Faber ergo, etiamsi evadendæ difficultatis viam difficilem inventu fateatur, tamen ne quid intentatum relinquat, respondit Africanum sermonem habere non de quavis scientia, sed de ea, quæ certa & vera est, sine ulla animi hæsitatione, quæ in specie nostra dicitur esse, ubi legatarius legatum agnitum ab herede petit, ut propterea hæc scien-

tia

tia heredis sit ex tempore moræ, non etiam ante, cum heres dubitat, utrum legatarius sit petiturus legatum, an non; etenim dubitans æquiparatur ignoranti, §. *quæ de fullone*, *Institutionib. de obl. quæ ex delicto nascuntur*.

Quæ Fabri interpretatio optime comprobatur ex *l. qui scit*, §. *ult. ff. de usur.* ubi bonæ fidei emtor, qui fundum scivit, & antequam fructus perciperet, cognovit fundum esse alienum, ait Ulpianus eum adhuc perceptione fructus suos facere, quia in quantum ad percipiendos fructus, bonæ fidei emtor esse intelligitur, quandiu evictus non fuerit. Sicut ergo evictio reddit scientiam emtoris certam, eumque in mala fide constituit, & ex eo tempore fructus non facit suos; ita etiam scientia heredis tunc certa dicetur, cum legatarii petitio accedit, & ante eam, percipiendo, fructus facit suos.

II. Casus est, cum legatum est quidem purum, sed præterea intuitu legatarii privilegiis munitur, quo casu mora fit in rem, hoc est, sine interpellatione, ita ut statim ac legatum peti potuit, heres in mora intelligatur, hoc est, statim ab adita hereditate, *l. cum vero*, §. *apparet*, *ff. de fideicommissariis libertatibus*. Et hæc dicitur etiam mora reipsa, *l. si tamen*, *ff. de minor. l. in minorum*, C. *in quibus causis restitutio in integrum*.

Itaque favore minorum 25. annis a D. Marco, & Vero concessum est, ut pro pecuniariis fideicommissis, quæ ipsis relicta sunt, usuræ debeantur a die, quo peti potuit, hoc est, ab adita hereditate, *d. l. cum vero*, §. *certe*, *l. Titia Sejo*, §. *usuras*, *lib.* 2. Quod deinde paulatim receptum est, ut locum haberet in legatis etiam, & in contractibus bonæ fidei per minores initis, ut scilicet re ipsa, & ex solo tempore tardæ solutionis mora facta intelligatur: quod tandem expresse constitutum est in *d. l. in minorum*. In ceteris vero casibus debere minores interpellatione uti, ut debitores in mora constituant, tradit Æmilius Feretus *de mora*, *num.* 9. Menochius *de arbitr. casu* 220. *num.* 17. *in fine*.

Idipsum ab Ulpiano extensum fuit ad fideicommissariam libertatem servo relictam: ut puta, si ancillæ prægnanti libertas relicta sit, & libertas jam peti possit (quod est post aditam hereditatem, si fideicommissum purum sit) nec tamen petatur: interim vero ancillæ filius jam natus sit. Cum deinde mater libertatem adipiscetur, ipsi etiam filius tradetur, ut eum de manu mittat, eoque filius erit matris libertus; quare hic filius tanquam fructus attenditur. Ex die vero, quo libertas petita est, filius, qui nascitur, ingenuus est; quod certe mirum est, ut ex matre ancilla filius ingenuus nascatur, *d. l. cum vero*, §. 1.

Ceterum istæ usuræ currunt minoribus non semper, sed quandiu minores sunt; nam post impletum annum 25. desinunt deberi; & ut iterum incipiant deberi, opus est, ut mora fiat in personam, seu per interpellationem, *d. l. Titia Sejo*, §. *usuras*, ubi Paulus notat, veram moram esse tantummodo eam, quæ per interpellationem fit, quam sufficit semel intervenisse, ut usuræ perpetuo debeantur; eam vero, quæ fit re ipsa, veram moram non esse, alioqui non extingueretur, adhibita tamen distinctione textus in *d. l.* 3. *ff. de usur.* quamvis negandum non sit, moram quoque appellari in *d. l. in minorum*, & *d. l. si tamen*.

Quod diximus, verum est, si pupillus legatarius tutorem habeat, cui solvi possit; nam si tutore careat, non debentur usuræ statim ab adita hereditate, sed ex quo tutor datus est; propterea quod heredi imputari non potest, si legatum non solvit, utpote qui etiamsi velit, solvere non potest; solutio enim pupillo sine tutoris auctoritate facta debitorem non liberat; & ita a D. Pio rescriptum notat *Scævola* in *l. cum quidam*, §. *si pupillo ff. de usur.* Hoc idem dicendum in minore, qui curatore careat, voluit damnatus Author *de Usuris*, *num.* 205. contra quem pugnat Faber 11. *de error.* 2. propterea quod minor sine curatore esse potest; ut enim tutor datur invito, ita curator datur volenti, *l. necnon*, *ff. de tutorib.* §. *item inviti*, *Institutionib. de curatorib.*

III. Casus est, cum legatum est quidem pure conceptum, sed ex re ipsa dilatio inest; quod accidere potest tam in legato dandi, veluti si legentur fructus futuri, partus ancillarum; quam in legato faciendi, ut heres meus damnas esto ire Romam, ædificare Titio domum; tunc enim incipit actio, & cedit dies, cum ea per rerum naturam præstari possunt, *l. interdum*, *ff. de verbor. oblig.*

Dubium tamen est, utrum hoc casu exigatur interpellatio, ut mora ab herede intelligatur commissa, & per consequens ut teneatur ad usuras, & fructus, an potius satis sit lapsus taciti temporis?

Et

Et Duarenus in *l. si insulam, ff. eit. tit.* docet, ad moram necessario interpellationem exigi, quia mora ex persona fit, non ex re. Giphanius *ibid. num.* 5. distinguit, ut interpellatio necessaria non sit in obligatione faciendi, *l. stipulationes non dividuntur*, §. *fin. ff. eit. tit.* exigatur vero in obligatione dandi. Et rationem differentiæ addit, quia in dando duæ personæ requiruntur, dans & accipiens: in faciendo una satis est, nempe faciens.

Verius tamen est, in legato puro, cui tempus inest, sive legatum sit dandi, sive faciendi, moram ex solo temporis lapsu committi, quamvis in legato omnino puro interpellatione fit opus. Ratio inde pendet, quod in pura obligatione arbitrio creditoris conceditur temporis laxamentum debitori; nec enim is cum sacco adesse debet, *l. quod dicimus, ff. de solutionib.* Quod Julianus dicit accipi ἐν πλάτει hoc est, cum aliqua latitudine, *l. ratum, ff. eit. tit.* Hoc autem temporis laxamentum in obligatione pura concessum, non habet certum spatium in Jure diffinitum, sed in arbitrium creditoris rejicitur. Hinc fit, moram non committi, nisi per interpellationem, hoc est, nisi creditor admoneat debitorem, ut jam solvat, quasi dicat, jam satis temporis laxavi. Verum tamen est, hanc interpellationem a creditore fieri non posse, nisi post decem dies, quod spatium in praxi conceditur, *l. promissor, ff. de constituta pecun.* At vero si obligationi tempus inest, tempore adveniente, nullum amplius laxamentum concedi intelligitur, cum satis fit, quod interfuit ex tempore, quod inest. Unde fit, tempus ipsum pro homine interpellare. Cum ergo tacitum hoc tempus insit tam in obligatione faciendi, quam in obligatione dandi, consequens est, ut nullo casu hominis interpellatio exigatur, ut magis communiter receptum est ex *d. l. stipulationes non dividuntur*, §. *fin.*

Objicies I. cum Duareno ex *l. mora, ff. de usur.* ubi dicitur, moram ex persona fieri, non ex re.

Facile tamen respondetur, in eo loco sermonem haberi de ea tantum obligatione, quæ pura omnino est, seu de ea, in qua tacitum tempus non inest; & nos e contrario loqui de ea, quæ licet pura sit, ex re tamen ipsa dilationem continet.

Objicies II. ex Scævola, qui in *l. nulla, ff. de reg. Jur.* ait, nullam intelligi moram ibi fieri, ubi nulla petitio est.

In hujus legis interpretatione mirum in modum se torquet Forcatulus *de mora par.* 1. *num.* 9. & tamen facillimum erat cognoscere, petitionem non idem esse cum interpellatione, sed denotare Jus petendi, quod sibi debetur, *l. pecuniæ verbum, ff. de verb. sign.* Et recte ait Scævola, moram non committi a debitore, nisi jam creditor contra ipsum Jus petendi habeat.

IV. Casus est, si legatum sit sub conditione, vel die incerta, quæ pro conditione est. Et moram non contrahi, nec usuras, aut fructus deberi per solum conditionis eventum, nisi hominis interpellatio accedat, communis opinio est apud Jasonem in *l. quoties, num.* 2. *ff. de verbor. oblig.* Gomez 2. *var.* 11. *num.* 31. Forcatulus *de mora part.* 3. *num.* 6. Nam dubium est, an eveniat conditio, & quando, ut proinde neutrum horum ab herede prævideri possit. Non ergo ex solo eventu in mora est, ex regula, quod quæ certo prævideri queunt, in culpa constituunt, non etiam quæ sub incerto, *l. sed etsi*, §. *si feriæ, ff. ex quibus causis majores, l. si quis domum*, §. *fin. ff. locati*; quidquid repugnet Leotardus *de usur. qu.* 81. *a num.* 36.

Excipit tamen Ant. Gubertus *de mora cap.* 4. *num.* 43. *& seq.* quoties conditio certo extitura est, veluti sive illud fiat, sive non fiat, aut si morietur; tunc enim putat, solo conditionis eventu moram fieri, modo eventum debitor non ignoret; quoniam, ut ipse ait, conditio omnino extitura diei certo comparatur, Accurs. in *l. si pupillus*, §. 1. *ff. de novationibus*.

Verum circa conditionem istam distinguendum potius est, utrum stipulationi, an legato adscripta sit, ex Accurs. in *l. Julianus*, *v. proficiscitur*, in 1. *solut. ff. de condictione indebiti*, scilicet, ut conditio omnino extitura stipulationi adjecta, comparetur obligationi puræ, cui tamen insit temporis dilatio, & ideo moram contrahi ex solo temporis lapsu. At vero si legato adscripta sit, vere obligatio pro conditionali habeatur, ut propterea hominis interpellatio ad constituendum heredem in mora exigatur. Nam in conditione duo esse possunt dubia, unum de eventu, an scilicet res extitura sit, an non: alterum de tempore, quo res extitura est, vivo creditore, an mortuo.

In stipulatione dubius tantummodo eventus

tus conditionis attenditur, non etiam tempus, cum nihil omnino intersit, utrum vivo, an mortuo stipulatore res existat, dummodo existat; semper enim spes crediti ad ipsius heredem transmittitur, qui purificata tandem conditione rem promissam petere poterit, §. *omnis, Institutionib. de verbor. oblig.* Unde factum est, ut qui sub conditione stipulatur, quæ omnino extitura est, pure videatur stipulari, *d. l. si pupillus*, §. 1. *ff. de novationib.* nempe quia eventus dubius non est, licet dubium sit de tempore, quod in stipulatione, ut dicebamus, non attenditur. Non tamen hæc stipulatio omnino pure censenda est, sed assimilari debet ei, cui tempus tacite inest; propterea quod non statim quod promissum est, exigi potest, sed expectandum est tempus eventus; ita tamen, ut si debitor interim solvat, repetere tanquam indebitum non possit, *d. l. Julianus*; nam quod pure debetur, si solutum sit, ejus nulla repetitio est.

Hinc patet mirum in modum errare Accurs. quem Gubertus sequitur, cum concedendo hanc stipulationem non esse conditionalem; ait tamen in diem esse; errat enim, quia pura stipulatio non solum opponitur conditionali, sed etiam ei, quæ in diem est, *d. §. omnis*. Est ergo vere pura, ut dicitur in *d. l. si pupillus*, §. 1. ita tamen ut ei tempus & dilatio insit.

Secus est de legato, ubi dubium de tempore, quo conditio extitura est, maxime attenditur; quandoquidem plurimum interest, utrum conditio vivo legatario, an potius eo mortuo existat; nam quod vivo legatario existit, ad ejus heredem transmittitur: quod vero eo mortuo, non transmittitur, ut supra dictum est. Ob hoc ergo dubium circa tempus, quod in legato interest scire, fit, ut legatum sub conditione, quæ omnino extitura est, pro conditionali habeatur, *l. hujusmodi*, *ff. quando dies legatorum cedat*.

Quoniam ergo pro conditionali in legato habetur, & in ea dubium temporis attenditur, propterea dicendum est, ad constituendum heredem in mora, exigi ut legatarius opportune interpellet. Secus est in stipulatione, ubi pura quidam obligatio censetur, sed cui temporis dilatio insit; proinde non requiritur interpellatio, ut ex jam dictis manifestum esse potest.

V. Casus est, quoties legatum in diem relictum est. Et inter omnes fere constat, statim ac lapsa dies est, moram intelligi ab herede factam, etiam legatario non interpellante. Et hic locum habet regula, dies interpellat pro homine; scilicet cum dies expresse adscripta est. Ita Harmen. 3. Prochiri 3. Cujac. in *l. 17. ff. de constit. pecun.* & in *l. trajectitiæ*, *ff. de A. & O.* Hotom. *de mora num.* 9. Donell. 16. *comm.* 2. Et patet ex eo, quod Paulus scribit, ad diem sub pœna promissa pecunia, & ante diem mortuo promissore, non ideo minus pœnam committi, ideoque moram fieri, licet non sit adita ejus hereditas, *l. ult. ff. de nautico fœnore*, *l. ad diem*, *ff. de verb. oblig.* ubi Alciat. *l. Thais*, §. *intra*; *ff. de fideicomm. libertatib. l. magnam*, *C. de contr. emt.* cum concordantibus. Ratio evidens est, quia cum dies certa legato definita est, potuit satis ab herede prævideri dies, & legatum parari. Et ita intelligendus est textus in *l. Herennius* 1. *ff. de usuris*, ut supra notatum est.

QUÆSTIO VI.

De partitione, & an sit modus acquirendi universalis.

INter varias legatorum species eam hic examinabimus, quæ est de legato partitionis, propterea quod singulares quasdam conditiones habet. Nam legatur aliquando pars hereditatis, aut bonorum, hoc modo, Mævius heres meus hereditatem meam cum Titio partito, dividito; quo casu dimidia pars hereditatis legata videtur. Potest tamen & alia pars legari, veluti tertia, quarta, aut alia quæcunque, *l. nomen filiarum*, §. *partitionis*, *ff. de verbor. sign.* ubi legatum istud partitio vocatur, sicut legatarius dicitur partiarius, §. *post quod*, *Institutionib. de fideicomm. hereditatibus*. Ita etiam Cic. *de legib.* & *pro Cæcina*. Hoc quoque est, si in legato non hereditatis, sed bonorum mentio habita sit, exempli gratia, bonorum quartam partem do lego, bona mea partito cum illo.

Inter utrumque illud interest, quod parte hereditatis legata, legatarius subit partem damni, quo hereditas afficitur ob pretia servorum manumissorum, & ob impensam funeris. Quod D. Hadrianus rescripsit; quia scilicet hereditas non minus commoda continet, quam onera, *l. 8. §. ult. lib.* 2. Ubi notandum, in hereditate duo esse onerum genera. Quædam sunt æs alienum, & de hoc nihil dicitur in *d. §. ult.* quoniam de eo non dubitabatur,

tur, debere transire pro rata in legatarium partis hereditatis, ut recte ibidem Cujacius advertit. Quædam vero onera sunt æris alieni loco, ut impensa funeris, pretia servorum manumissorum, quæ textus in *d. §. ult.* exempli tantum gratia enumerat; nam præterea his oneribus adjungi debet impensa auctionis hereditariæ, seu sumtus factus in distrahendis, conservandisve rebus hereditariis, *l. quamitas, ff. ad l. Falc. l. ubi pure, ff. ad Trebell.* & impensa publicati testamenti, & conscribendi inventarii, *l. ult. §. in computatione, C. de Jure liberandi*. His adjungenda est dos ex *l. 9. lib. 2.* ea scilicet, quæ non est in ære alieno, sed quæ est æris alieni loco. Exempli gratia, Titius paterfam. dotem accepit a nuru, & condito testamento filiumfam. maritum heredem scripsit, legavitque Sempronio partem hereditatis. Quamvis dies reddendæ dotis nondum venerit, & nondum debeatur, tamen æris alieni loco est, & partem oneris subibit legatarius partiarius. Idem est in casu l. Falcid. *l. si dos socero, ff. ad l. Falc.*

Secus est, si legata sit bonorum pars, quo in legato nec æs alienum, nec ea, quæ sunt æris alieni loco, legatarius partiarius subit, cum bona intelligantur deductis oneribus, *d. l. 9. lib. 2.* Fingas ergo, Titius reliquit mille, & partem bonorum legavit Sempronio: utique Sempronius quingenta accipiet sine oneribus; quibus omnibus obnoxia erunt alia quingenta, quæ ad heredem pertinent. At si legasset partem hereditatis, quingenta, quæ legatario debentur, dimidiam partem onerum ferent.

Ceterum in legato portionis hereditatis onera sicuti etiam actiones non transeunt in legatarium ipso Jure, sed per stipulationes partis, & pro parte, quæ inter legatarium partiarium, & heredem interponebantur de lucro, & damno communicando. Patet id ex Justiniano in *§. postquam, Institutionib. de fideicommissariis heredib.* ubi habetur, post Senatusconf. Pegasianum, ex quo retenta quarta restituitur hereditas fideicommissaria, inter heredem & fideicommissarium solitas interponi stipulationes, ut lucrum & damnum hereditarium pro rata parte inter eos commune esset. Ait ergo Justinianus, id introductum ad imitationem stipulationum, quæ interponebantur inter heredem, & legatarium partiarium. Ex quibus palam est, onera non transisse ipso Jure, sed remedio cautionum.

Et quamvis ibi Justinianus dicat, *Ejus legatarii, cui pars bonorum legabatur*; tamen ibi nomen bonorum etiam damna complectitur, ut in titulis *de bonorum possessionibus*; nam oneribus alligabatur solum legatarius partis hereditatis, *d. l. 8. §. ult.* & proinde cum eo stipulationes interponebantur, ut in *l. qui concubinam, §. cum ita, lib. 3.*

Hæ stipulationes duæ sunt, una partis, altera pro parte. Stipulatio partis est, quam legatarius partiarius de herede stipulabatur, hoc modo: *Quam pecuniam ex hereditate L. Titii habueris, vel quæ pecunia ex L. Titii hereditate ad te pervenerit, ejus partem dimidiam dare spondes?* Ubi habere, *& pervenire*, intelligebatur cum effectu, ut explicatur in *d. l. nomen filiarum, §. habere*. Stipulatio pro parte est, quam heres de legatario stipulabatur, hoc modo: *Pro qua parte hereditatis legatum ceperis, pro ea æs alienum, & si quid æris alieni loco est, solvere spondes?* Vide Theoph. in *d. §. post quod*.

Porro legatum partitionis etiam est, si legamus hereditatem nobis aliunde obventam, veluti, Do lego Sempronio hereditatem Mævii, id est, quæ mihi obvenit morte Mævii. Et hoc quoque casu Sempronius suscipiet æs alienum, & reliqua onera hereditatis Mævianæ; & vicissim ei præstabuntur actiones, & cetera commoda ejus hereditatis; scilicet onera, & commoda, quæ extabant tempore mortis meæ, non item onera, quibus ego jam functus sum, nec nomina debitorum, quæ exegi, *l. cum filius, §. 1. lib. 2.* De hoc etiam legato est textus in *l. Lucius Titius 90. §. quæ marito lib. 2.* & in *d. l. qui concubinam, §. cum ita lib. 3.*

Sed antequam ulterius progrediamur, quædam ad plenam hujus legati intelligentiam notanda sunt.

I. Legatum partiarium subjici legi Falcidiæ, ut si testator leget dextantem hereditatis, heres inde detrahet unciam, ad hoc ut sibi quadrantem illibatum retineat. Patet id ex Justiniano in *§. sed quia, cum seq. institutionib. de fideic. hered.* ubi habet, fideicommissarium Pegasianum comparari legatario partiario; quia tam ex legatis, quam ex fideicommissis, heres quartam retinet. Ex quo etiam intelligimus, legatum istud præstandum esse manu heredis, ex regula textus in *l. un. C. quorum legatorum*.

II. Legatum partitionis sine fructibus ab here-

herede restitui, & præstari, nisi mora heredis intercesserit, *l. si quis bonorum lib.* 1. Unde colligi potest, ea omnia, quæ supra in genere de usuris, & fructibus legatorum disputavimus, locum etiam habere in partitione.

III. Partitionem fieri debere verbis directis, ut cetera legata; nam si testator verbis precariis utatur, resolvitur in fideicommissum particulare, veluti, *Te rogo Luci Titi hereditatem meam cum Attio partiaris*: quo casu non legatum partitionis, sed fideicommissum factum intelligitur, quasi dixerit, rogo dimidiam partem hereditatis restituas, *l. ubi pure*, §. 1. *ff. ad Trebell.*

IV. Si legatarius partis hereditatis rogatus fuerit hanc partem restituere, non fieri restitutionem ex Senatusconsulto Pegasiano, ideoque totum legatum restitui, quarta non retenta. Ratio est, quia Senatusconsultum Pegasianum locutum est de herede, vel quasi herede gravato, non etiam de legatariis, Ulp. in *l. mulier*, §. *fin. ff. cit. tit.* Ubi interim notandum, primo, legatarium portionis hereditatis quasi heredem non esse. Notandum etiam, antiquos Jurisconsultos disceptasse de validitate hujus legati, & tandem receptum fuisse valere; nam ait Ulp. *Legari enim posse etiam portionem hereditatis placet nobis.*

V. Heredem ante partitionem deducere id, quod sibi defunctus debebat, *l. ab omnibus*, §. *ult. lib.* 1. Cui textui obstare videtur, quod vulgo traditur, aditione hereditatis Jura confundi, & tolli. Verum quamvis quæ in Jure nostro de confusione per aditionem traduntur, obscura admodum sint, tamen quod attinet ad creditorem, qui succedit debitori, duo casus distinguendi sunt.

Prior est, ubi creditor debitori succedit sine onere restituendi; & ex aditione ita intelliguntur confusa Juris debitoris, & creditoris, quasi solutio facta sit: propterea extincta est omnis obligatio naturalis, & civilis, *l. Uranius, in princ. ff. de fidejuss.* Idipsum est, si debitor succedat creditori, nullo fideicommisso gravatus, *l. si id* 22. *ff. de liberatione legata*. Ratio est, quia cum obligatio ex genere relativorum sit, & duos terminos exigat, tamen in casibus propositis deficit alter terminus, vel creditoris, vel debitoris.

Posterior est, cum creditor succedit debitori cum onere restituendi, ex aditione confunduntur quidem Jura, sed solum in quantum ad obligationem civilem, quia aditio de Jure civili est, at remanet obligatio naturalis, *l. debitor sub pignore, circa medium, ff. ad Trebell.* Similis huic est casus *d. l. ab omnibus*, §. *ult.* ubi heres idemque creditor jussus est hereditatem partiri cum alio; similis ideo, quia legatarius partiarius comparatur fideicommissario ex *d.* §. *post quod, de fideic. hered.* Quocirca cum heres adit, confunditur obligatio civilis, remanente naturali, quæ concedit heredi retentionem crediti, non etiam repetitionem: propterea in *d.* §. *ult.* dicitur, deducta pecunia credita, partem hereditatis dari. Hæc alibi a nobis latius tradita sunt.

VI. Legata bonorum, vel hereditatis parte, heredem habere electionem, ut partiario præstet vel rerum partem, vel æstimationem. Excipe, si res naturaliter indivisæ sint, ut Stichus, Jus; vel si sine damno divisio earum fieri non possit; tunc enim heres electionem non habet, sed æstimationem omnino præstare debet, *l. non amplius* 26. §. *cum bonorum lib.* 1. Verum eum heres præstat partem, non cogitur legatarius accipere ex singulis rebus partem: nam hæc fortasse vix erit usui. Sed potest heres, consentiente legatario, vel Judice auctore, illam partem legatam præstare in paucioribus, vel etiam in una re: atque ita singulæ res hereditariæ divisionem non patientur, *l. potest.* 27. *lib.* 1.

VII. Partiarium non habiturum partem in iis rebus, quas subtraxit, Harmen. 5. *prochiri* 10. Cujacius ad *l.* 9. *lib.* 2. Et ita intelligendus est textus in *l. non est dubium, C. de legatis*, ubi legatarius, qui rem legatam subtraxit, cadit a Jure suo. Quod omnino de legatario partiario capiendum est, ut patet ex illis verbis, *Pro portione competenti*; nam ceteri legatarii restituunt quidem rem legatam, quam sua auctoritate occuparunt, sed eandem non amittunt, *l.* 1. *ff. quod legatorum*, *l. un. C. cit. tit.*

Non dissimiliter heres in rebus, quas ex hereditate subtrahit, portionem legis Falcidiæ non habet, tanquam si istæ in hereditate relictæ non fuissent, ut habet Paulus in *l.* 24. *ad l. Falcid.* Idque ex novo Jure est & ita *rescriptum a Principe* refert Marcellus in *l. rescriptum* 6. *ff. de his, quæ ut indignis*. At quo Principe? Ambigi non potest, Marcel-

cellum ita absolute de Principe loquentem, capi oportere de eo, qui per ea tempora rerum potiebatur. Intellige ergo de Antonino Pio, in cujus consilio fuit Marcellus, ut ex *l. non putabam, ff. de condit. & demonstr.* monet Cujac. in *l. 5. ff. qui testamenta fac. poss.* Quocirca ante hujus Principis rescriptum heres non poterat a legatariis conveniri, nisi ut ablatum in hereditate reponeret, vel sibi in Falcidiam imputaret. Hodie in eo quartam non retinet. Exemplum pone ex eodem Marcello: is, qui quadringenta habebat, ea universa legatis exhausit. Ex his heres 100. subtraxit. In reliquis tantummodo trecentis quartam Falcidiam retinet, idest 75. proinde ducenta viginti quinque præstabit legatariis. Sed quid fiet de centum, quæ subtraxit? Septuaginta quinque dabit legatariis, reliqua summa, idest 25. ad fiscum veniet, *d. l. rescriptum*. Atque ita demum verum est, quod Paulus dicebat, hæc 100. ita haberi, quasi in hereditate relicta non sint. Quod intelligitur respectu heredis, ut recte Accurs. explicat: non etiam respectu legatariorum, & fisci, quorum beneficio cedunt.

Itaque quæ heres abstulit, sunt in numero ereptitiorum. Quod vocabulum legitur apud Ulpianum in *Fragm. tit. 19. §. lege*. Ereptitia Veteres appellant, quæ indignis eripiuntur variis ex causis, & transferuntur ad fiscum, vel ad legatarios, vel ad aliam personam cum onere, Cujac. in *Paratitl. ad tit. ff. de his, quæ ut indignis aufer.* Sic ergo in specie proposita; centum, quæ subtraxit heres, ab ipso ob fraudem eripiuntur, & partim cedunt fisco, partim legatariis præstantur. Hæc eadem locum habent, si heres rem propriam esse contendat, quæ deinde hereditaria esse convincatur; nihil enim interest, subtraxerit, an hereditariam esse negaverit, *l. computationi 68. §. si quis, ff. ad l. Falcid.*

Alia tamen pœna heres plectitur a Justiniano in *l. ult. §. licentia, C. de Jure delib.* Nam si non bona fide conficiat Inventarium, quidpiam hereditarium celet, nec describi curet, convictus in duplum restituit, vel duplum hereditati imputat. In duplo inesse simplum non dubitatur, & actio mixta est. Ita heres, qui in fraudem legatariorum diminuere studuit hereditatem, hac sua fraude auget. Finge, testator 400. reliquit, & legatis exhausit: ex his heres celavit 100. aucta jam intelligitur hereditas ad 500. Et juxta hanc summam legis Falcidiæ ratio ineunda est; hoc modo, quarta hereditatis ita auctæ sunt 125. Hæc retinebit heres, ex quibus centum de suo sunt, 25. ex bonis defuncti, & hæc tantummodo in vero lucro sunt. Quod si nihil subtraxisset, cum in hereditate sint 400. ex his centum nomine Falcidiæ retinuisset. Itaque amittit 75. quæ ereptitia sunt, & legatariis cedunt.

Hæc si attendisset Accurs. utique non quæsisset, an Inventarium nullum sit? Quæ quæstio difficilis adeo ipsi visa est, ut eam non resolvat, sed relinquat indecisam. At facile erat videre, nullo inventario, nihil opus fuisse plectere heredem in duplum. Plus enim amittit heres, ubi inventarium nullum est, quam ubi plectitur in duplum; quippe Inventario nullo, legata pro solido præstantur, & heres Falcidiam omnino amittit, *d. l. ult. §. sin vero*; at præstando duplum ejus, quod subtraxit, interdum quidpiam ex lege Falcidia lucratur, & legata pro parte intercidunt, ut jam visum est.

Illud potius erat inquisitione dignum, utrum post novam legem Justiniani, actione, quæ ex rescripto D. Pii competebat, uti nobis hodie liceat? Et cur non liceat, non video, quandoquidem ea Justiniani lex non prohibet, ne veterem exerceamus actionem. Regula enim Pauli est in *l. quoties, ff. de oblig. & act.* quoties lex obligationem introducit, nisi nominatim caverit, ut sola ea actione utamur, etiam veteres eo nomine actiones committere. Plura ejus rei luculenta extant in Jure nostro exempla, unum sit satis. Pro arboribus succisis lex Aquilia novam obligationem introduxit, ut qui succidit teneatur quanti plurimi res eo mense fuit: quæ actio mixta est. Quia tamen nominatim veteres actiones non sustulit, licitum propterea nobis est uti actione pœnali ex lege XII. Tabularum, *l. 1. ff. arb. furt. cæsarum*. Pœna est, ut in singulas arbores succisor luat æris 25. Plinio teste *lib. 17. cap. 1.* Palam autem est, Justinianum in *d. l. ult. §. licentia*, etsi novam actionem contra heredem subtrahentem res hereditarias inducat, tamen nominatim non cavere, ut sola ea actione utamur. Unde fit, ut actioni ex rescripto D. Pii non sit abrogatum. Hæc actio pœnalis est, illa Justiniani mixta.

Sunt ergo hæ actiones concurrentes. Et DD. qui de concurrentibus actionibus agunt, pos-

sunt

sunt hoc exemplo earundem numerum augere: quod a nullo hactenus, quod sciam, animadversum est. An vero una aliam consumat, alibi a nobis explanatum est. Et ita teneamus oportet, proposita actione mixta, pœnali amplius locum non esse: quod si actum prius sit actione pœnali, non prohibeor actione mista uti; officio tamen Judicis reus non condemnabitur, nisi in eo, quod plus est in posteriori actione, *l. 1. ff. de vi bonorum rapt.*

Jam de hoc legato partitionis dubitatur, utrum singulare sit, an universale, seu quod perinde est, utrum particularis modus acquirendi sit, an universalis?

Et Rogerius quidem relatus ab Accurs. in *l.* 8. §. *ult. lib.* 2. quem ibidem Cujacius sequitur, docet distinguendum esse inter Jus vetus, & novum; quippe ex veteri Jure non fuisse nisi particularem modum ait: at de novo esse modum universalem.

Probant I. quia onera & commoda, quæ olim in legatarium transibant per stipulationem partis, & pro parte, hodie transeunt ipso Jure, tum quia Justinian. in *d.* §. *post quod*, inquit: *Quæ solebant stipulationes inter heredem, & partiarium legatarium interponi*; si ergo solebant interponi, inde fit tempore Justiniani amplius interponi non consuevisse; tum etiam quia Justinianus *ibid.in §.sed quia*, dicit sustulisse se stipulationes inter heredem, & fideicommissarium Pegasianum, quia captiosæ erant: quæ ratio etiam locum habet in stipulationibus, quæ interponi solebant inter heredem, & legatarium partiarum, quippe eædem erant, ut in *d.* §. *sed post*; ergo istæ quoque sublatæ sunt.

Probant II. ex verbis Justiniani in *l. ult.* §. *sin autem sub conditione*, *C. commun. de legat.* quæ ita habent: *Legatum, vel fideicommissum universitatis, vel speciale.* Ubi duo videtur genera legatorum statuere ad exemplum fideicommissorum, scilicet ut unum sit legatum speciale, quo singulæ res quæruntur, alterum universale, cum pars hereditatis, vel bonorum relinquitur.

His tamen minime obstantibus, verior est sententia Ant. Fabri 18. *conject.* 18. & Alex. Turam. *de exequat. c.* 2. dum volunt, legatum quodcunque semper esse particularem acquirendi modum, tam veteri Jure inspecto, quam novo.

Et probatur I. propterea quod nusquam in toto Jure Justinianæo leguntur alii modi acquirendi universales, quam hereditas de Jure civili, bonorum possessio de Jure prætorio, arrogatio ex moribus Populi Romani, & tandem addictio bonorum ex rescripto D. Marci. Legatum vero nonnisi inter particulares acquirendi modos recensetur, ut patet ex §. *ult. Instit. per quas personas nob. acquiritur.*

Quod si dicas, istos esse principales, seu veros modos universales, sed dari præterea alios succedaneos, seu similitudinarios, veluti est fideicommissum universale, ex Trebelliano, quod imitatur hereditatem, sicuti ipse fideicommissarius est loco heredis, §. *restituta, Instit. de fideicomm. heredit.* Ergo eodem modo legatum partitionis esse potest modus universalis succedaneus. Tamen negamus unquam legatarium partiarium esse loco heredis. Quod ut clare constet.

Probatur II. legatum partitionis non imitatur hereditatem; ergo non est modus acquirendi universalis. Antecedens propositio manifeste habetur ex Justiniano in *d.* §. *restituta, cum duob. seqq*, ubi cum dixisset, fideicommissarium aliquando heredis, aliquando legatarii loco haberi; id explicans, subdit, post Senatusconsultum Trebellianum, ex quo hereditas universa restituebatur, datis ei & in eum utilibus actionibus, fideicommissarium habitum loco heredis: deinde lato Senatusconsulto Pegasiano, ex quo proinde quartam retinebat heres, atque ob legem Falcidiam ex legatis, cœpisse fideicommissarium haberi non loco heredis, sed loco legatarii partiarii. Ergo legatum partitionis non est loco hereditatis, & proinde modus acquirendi universalis non est. Idipsum habetur ex *d. l. mulier*, §. *fin. ff. ad Trebell.* ubi aperte dicitur, legatarium partiarium non esse heredem, nec quasi heredem; & proinde non posse ex Senatusconsulto quartam detrahere, si fideicommisso gravatus sit.

Neque ea, quæ in contrarium opponuntur, quidquid obstant. Nam quod primo dicitur, hodie sublatis veterum stipulationibus, actiones activas, & passivas ipso Jure transire in legatarium partiarium; dicimus id verum esse de actionibus utilibus, non etiam de directis, ut patet ex eo, quod licet Justinianus eodem modo sustulerit stipulationes inter heredem, & fideicommissarium Pegasianum; tamen ipsi fideicommissario hodie non ac-

quiruntur, nisi utiles actiones, sive activæ, sive passivæ; propterea quod Justinianus ea observari voluit in fideicommissario Pegasiano, quæ erant in Trebelliano, cui & in quem Prætor fideicommissarius utiles tantum dedit, *d.* §. *restituta*. Quocirca actiones directæ remanent apud heredem, ut erat etiam olim ante, & post stipulationem, *d. l. qui concubinam*, §. *cum ita*, *lib.* 3.

Id confessus est Accurs. ipse in *l. cum filius*, §. 1. *lib.* 2. ubi de legata hereditate loquens, ait legatario partiario præstari actiones activas directas per cessionem ei factam ab herede, quæ nisi fiat, legatarius non habebit, nisi utiles. In quantum vero ad actiones passivas, idem Accurs. post Azonem ibidem docet, illis legatarium alligari, vel promittendo creditoribus animo novandi, vel ipso Jure. Quod non recte explicat Cujac: nam mens Azonis est, per novationem acquiri directas, ipso Jure transire utiles.

Jam transitus actionum utilium ipso Jure, per se solus, non constituit modum acquirendi universalem; quippe ex legato nominis acquirit legatarius ipso Jure actionem utilem contra nomen, seu debitorem; acquirit vero directam ex cessione heredis, *l. ex legato*, *C. de legatis*, & de hac directa actione intelligitur textus in *l. si sic*, §. 1. *&* §. *legatum ita*, *l. servum filii*, §. *cum*, *qui Chirographum*, *lib.* 1. Quod etiam est aliquando in contractibus, veluti si nomen fuerit in dotem datum, vel venditum, *l. nominibus*, *C. de act. & oblig. l. emtor*, *C. de hered. vend.* Quod est constitutum a D. Pio, qui rescripsit generatim, utiles actiones emtori hereditatis dandas, *l. si cum emtore*, *ff. de pactis*. Sicut ergo legatum nominis non minus est modus acquirendi particularis, quamvis utilis actio transeat in legatarium, ita quoque de legato partis hereditatis est.

Neque II. obstat Justinianus in *d. l. ult. sin autem sub conditione*, quia verba illa, *Universitatis*, *vel speciale*, non cadunt super legato, sed solum super fideicommisso, cui proxime conjunguntur. Propterea in Institutionibus Justinianus duos proposuit titulos, unum de singulis rebus per fideicommissum relictis, alterum de fideicommissariis hereditatibus, quod nunquam fecit de legatis.

Hæc de legato partitionis attento Jure Digestorum, & Codicis. Puto tamen ex Jure novissimo Authenticorum, ex quo potest testator prohibere heredi Falcidiam, adeoque totam hereditatem legatis, vel legato exhaurire, *Novella* 1. *de heredibus*, *& Falcid. cap.* 2. §. *si vero expressim*; puto, inquam, hoc Jure dari aliquando legatum universale, quod imitatur hereditatem, si scilicet testator leget totam hereditatem, prohibita Falcidiæ detractione.

Idque manifeste patet ex fideicommissario Trebelliano, qui est loco heredis propter duo, quæ simul concurrunt: quia transeunt in eum ipso Jure actiones utiles tam activæ, quam passivæ; & quia simul tota ei hereditas restituitur, *d.* §. *restitutam*. Sed in legatarium hereditatis hæc etiam duo reperiuntur: acquirit enim & utiles actiones, ut patet ex dictis, & totam hereditatem, quia prohibitam ponimus Falcidiam. Ex quo est loco heredis; & proinde sicut illud dicitur fideicommissum universale, ita quoque universale legatum istud erit dicendum. Et recte notat Cujac. *loc. cit.* nec etiam hodie omnem fideicommissarium imitari heredem, sed eum solum, cui tota hereditas restituitur; nam is, cui restituitur, detracta quarta, non erit, nisi loco legatarii partiarii.

Quoniam vero ex prohibitione Falcidiæ Jus legatorum reducitur ad eum statum, quo erat ex legibus Decemviralibus, ideo nihil mirum si huic legato universali non convenit definitio Modestini, ut sit delibatio hereditatis; quæ definitio, ut supra notavimus, est de Jure novo, non etiam de antiquo, ex quo legatum potest esse non solum oneratio, sed etiam exhaustio hereditatis.

Præterea, quia legatum istud imitatur hereditatem, inde fit exorbitare a qualitatibus ceterorum legatorum, inter quas ea est, ut legatum acquisitum nunquam illi damno esse possit; secus est de hereditate, quæ interdum damnosa est, *l. si hereditatem*, *ff. mandati*. Quare fieri etiam potest, ut legatum istud universale aliquando damno sit legatario; id quod pariter de legato partitionis videtur dicendum.

Tandem nihil obstat, legatum non computari inter quatuor modos acquirendi universales; non solum quia illi proprie tales sunt, & legatum universale per similitudinem; sed etiam quia hoc est ex novissimo Jure.

QUÆ-

QUÆSTIO VII.

An legatum a patre filia relictum compensetur cum dote, ad Modestinum in l. Titia 34. §. qui invita, lib. 2.

SPecies duplici modo concipi potest. Primo, pater nuptui tradens filiam, quam in potestate habebat, pro ea dotem genero promisit, nec solvit. Deinde condito testamento, filiam exheredavit, vel ut olim erat, jam emancipatam præteriit, ei tamen legatum reliquit. Secundo, si pater promisit & solvit dotem: at soluto deinde matrimonio, eam a marito exegit, filia absente; tandem condito testamento, exheredatæ filiæ legatum relinquit. His casibus quæstio est, utrum legatum compensetur cum dote, ut filia, quæ legatum agnovit, excludatur a dote: an potius possit filia & legatum, & dotem consequi?

Sed ut separemus certa ab incertis, meminisse oportet quæstionem non agitari in eo casu, quo pater dotem pro filia promisit, & deinde dotem filiæ legat; constat enim filiam non posse utrumque consequi, & convenire inter se generum, & filiam debere, ut alterutra actione contenti sint, scilicet vel ut gener agat ex promissione, vel ut filia ex testamento, *l. hujusmodi*, §. *cum pater*, *lib.* 1. dummodo filia non ostendat, patrem hoc animo legasse, ut ei duplicaret dotem; quippe duplicatio hæc dotis in dubio non præsumitur, *l. Lucius Titius*, §. *impuberem*, *lib.* 2. Idipsum est, si legatum fuerit a patre relictum dotis nomine, vel saltem si ab herede probetur hoc animo patrem reliquisse; nam hoc etiam casu filia alterutro debet esse contenta, *l. 2. in princ ff. de dote prælegata*. Quod si plus sit in legato, quam in dote, & filia dotem elegerit, potest legati excessum ex testamento petere, *l. Titia*, §. *qui invita*, *lib.* 2. *l. si filia*, §. *item Papinianus*, *ff. fam. ercisc. l. quod pure*, §. 1. *ff. quando dies legatorum*.

Hæc eadem locum habent, si maritus uxori pro dote compensandi animo legatum relinquat. Unde si maritus pluribus institutis heredibus, ab uno eorum leget uxori, & uxor dotem suam ferre, quam legatum, malit, quæsitum est, a quo dos solvenda sit? Et respondetur dotem esse præstandam ab eo herede, a quo fuit legatum: quod si dos excedat legatum, reliqua pars, quæ superest, ab omnibus heredibus præstabitur. Ita Terentius Clemens in *l. cum ab uno*, *lib.* 2. qui monet hæc eadem dicenda esse, si uxor pro parte heres instituta, omittat hereditatem, & dotem petat, nempe uxorem habere actionem in substitutum suum. Vide quæ scripsimus in *tit. ff. sol. matr. de edicto de alteutro*.

Quæstio ergo solum est, cum pater debitor dotis, vel quia eam promisit, necdum solvit, vel quia eam a genero exegit, filiæ simpliciter legat; nec probatur, patrem aut animo duplicandi, aut compensandi reliquisse. Quæstio, inquam, est, utrum filia alterutrum eligere debeat, an utrumque petere possit?

Oritur hæc quæstio ex duabus inter se contrariis legibus. Nam Pomponius in *l. si pater*, *ff. de collat. dotis*, loquens de patre, qui pro filia dotem promisit, eique legatum in testamento dedit, expresse ait filiam & legatum habere, & dotem. Verba sunt: *Si pater pro filia dotem promiserit, deinde vel exheredatæ, vel etiam emancipatæ, & præteritæ, legatum dederit; habebit filia & dotem præcipuam, & legatum*. E contrario, Ulpianus in *l. si cum dotem*, §. *si pater*, *ff. sol. matr.* sermonem instituens de eo casu, quo pater soluto matrimonio dotem exegit a genero, docet filiam legato patris contentam esse debere. Ejus hæc verba: *Si pater filia absente de dote egerit, etsi omissa sit de rato satisdatio, filiæ denegari debet actio, sive patri heres extiterit, sive in legato tantum acceperit, quantum doti satis esset. Et ita Julianus in pluribus locis scribit, compensandum ei in dotem, quod a patre datur: lucroque ejus cedere, si tantum ab eo consecuta sit, quantum ei dotis nomine debebatur a marito, qui patri solvit*. Vel ut Cujacius legit, *Si amplius ab eo consecuta sit, quam, &c.*

Et quidem pro hac antinomia solvenda Cabotius 1. *var. disputat.* 28. duos distinguit casus; vel enim dos a patre promissa est genero, nec soluta; & ait, dotem & legatum filiæ deberi, ut in *d. l. si pater*; vel pater dotem, quam solvit, post matrimonium solutum exegit a genero; & docet, filiam legato debere acquiescere ex *d. l. si cum dotem*, §. *si pater*. Rationem discriminis eam esse dicit, quia in priore casu, cum dos est promissa, nondum abcessit ex bonis patris, nec adhuc filiæ facta est, nec tam debetur filiæ, quam genero, cui promissa est, qui postquam tradita sibi dos fuerit, Dominus dotis efficietur. Cum ergo pater nihil debeat filiæ, non

non potest videri animo compensandi legatum reliquisse, quia compensatio est inter debitorem & creditorem; nam compensatio est debiti & crediti invicem facta contributio, *l. 1. ff. de compensationib.* In posteriori casu, ubi dos soluto matrimonio a patre exacta est, pater intelligitur quodammodo eam debere filiæ, quia maritus conventus a filia, dotem a patre repetet; quia ergo pater est quodammodo filiæ debitor, ideo cum legat, animo compensandi legasse videtur.

Hanc tamen distinctionem merito rejicit Schifordegherus *lib. 3. tract. 13. quæst. 5.* nam nec verum est, dotem promissam non abscessisse ex bonis patris, ut palam est ex Tryphon. in *l. fin. ff. de collat. dotis*, ubi hæc habet: *Ergo non solum data dos apud maritum remanebit, sed & promissa exigetur a fratribus, & est æris alieni loco; abscessit enim a bonis patris.* Itaque duo docet, & dotem abscessisse ex bonis paternis, & ejus rei rationem esse, quia ex promissione est æris alieni loco, sive factum est debitum patris; & quanto plus quis debet, tanto minus in bonis habet: unde debitum non dicitur *æs suum*, sed *alienum*. Præterea verum non est, patrem post exactam dotem esse quodammodo debitorem filiæ; nam gener etiam post solutam dotem patri, debitor filiæ remanet; *l. qui hominem, §. si gener, ff. de solutionib.* illis verbis: *Si gener socero, ignorante filia, dotem solvisset, non est liberatus*: nempe quia pater sine voluntate filiæ nec exigere, nec accipere dotem potest, *l. 2. C. sol. matrim.* Quare filia non in patrem, sed in maritum actionem habet.

Nec quidquam juvat illud, *quodammodo*, quo se tuetur Cabotius; nam si quidquam valeret, haberet etiam locum in dote promissa, quam pater quodammodo filiæ debet. Si ergo nihil hic operatur, nihil etiam operabitur illic.

Itaque communiter Doctores nihil hic distinguunt inter dotem promissam, & exactam. Nec tamen inter se concordant. Nam quidam contendunt, semper legatum cum dote compensari, sive dos promissa tantum sit, sive soluta & exacta. Ita DD. cum Mantica 10. *de conject. ultim. volunt. tit. 2.* Menochio 4. *præsumt.* 109. Petro Barbosa in *d. l. si cum dotem, §. si pater*, Joanne Roberto 2. *advers.* 16.

Quod præter *d. §. si pater*, probant ex eo, quia debitum necessarium compensatur cum legato: & ita vocant id, quod ex legis dispositione debetur: quod rectius diceretur debitum naturale, sicuti legitima, quæ filiis relinquitur, debitum naturale dicitur, *l. scimus, §. illud, C. de inoff. testam.* vel debitum legitimum, ut portio, quæ patrono debetur, debitum legitimum est, *l. si patronus, in princ. ff. de bonis libertor.* Sed dos, quæ filiæ debetur, est debitum necessarium, naturale, legitimum, *l. capite, l. qui liberos 19. ff. de ritu nuptiarum, l. fin. C. de dotis promissione*, Ergo cum legato compensatur.

Ceterum, quod debitum legitimum cum legato compensetur, demonstrant ex pluribus. Primo, ex *l. omnimodo, C. de inoffic. testam.* ubi legatum a patre filio factum imputatur legitimæ, itaut si minus legitima sit, agi solum a filio possit ad supplementum. Secundo, ex *auth. præterea, C. unde vir, & uxor*, ubi legatum uxori pauperi factum imputatur in quartam, vel virilem, quæ uxori indotatæ debetur ex bonis viri locupletis præmorientis.

Alii vero in contrariam sententiam euntes, contendunt, legatum simpliciter a patre filiæ factum nunquam cum dote compensari, sive eam pater promiserit tantum genero, sive solutam ab eodem exegerit, juxta ea, quæ habentur in *d. l. si pater, ff. de collat. dotis*. Cujac. 3. *obs.* 16. Mercator 2. *notar. in Robertum* 16. Fab. 4. *conject.* 9. Schifordegh. *d. tract.* 13. *per tot.* Corasius 3. *miscell.* 1. Fach. 5. *contr.* 33. Duarenus in *d. l. si cum dotem*, §. *si pater*. Quæ sententia vera est.

I. Probatur ratione generali, quia alia mens est legantis, alia compensantis; nam legantis mens est donationem conferre, quia legatum est donatio testamento relicta, *l. legatum lib. 2.* & merito, cum legatum sit in genere liberalitatis, *l. cum non facile, ff. si cui plus, quam per legem Falcidiam, l. si unum, §. si Falcidia, lib. 2.* Compensantis vero mens est, ut se a debito liberet, cum compensatio pro solutione habeatur, nec minus debitorem liberet, quam solutio; est enim debiti & crediti invicem facta contributio, *l. 1. ff. de compensationib.* Ergo ex legato non potest induci mens compensare volentis: quocirca Paulus ait, voluntatem testatoris compensare volentis evidenter ostendi debere, *l. creditorem, lib. 2.*

II. Probatur ratione speciali in casu dotis; nempe compensatio fit inter debitorem, & cre-

creditorem, ut patet ex definitione compensationis in *d. l.* 1. At pater, qui pro filia promisit dotem genero, non est debitor filiæ, sed generi, cui promisit: ita etiam si ignorante filia dotem exegit, solum generi debitor est, ut diximus ex *l. qui hominem*, §. *si gener. ff. de solutionibus*. Ergo cum pater legat filiæ, non potest compensatio induci. Quod ut rectius percipiatur, meminisse oportet, patrem dici debitorem filiæ respectu dotis, quam ei omnino præstare tenetur, *l. capite*, *ff. de ritu nuptiarum*, *l. fin. C. de dotis promissione*: at hoc debitum patris durare eo vivo; cum enim moritur, hoc debitum extinguitur, & in ejus locum subit obligatio relinquendi legitimam; nec enim pater testando, filiæ innuptæ cogitur dotem relinquere, sed legitimam: quod adeo verum est, ut si pater eam jam dotavit, dos legitimæ imputetur, *l. quoniam novella*, *C. de inoff. testamen.* Quocirca pater, cum moritur, nullo modo debitor dotis respectu filiæ erit; sed tam si eam promisit vivus, quam si exegit, erit debitor generi, cui promisit, vel a quo exegit: propterea in specie nostra, ubi pater legat filiæ, præsumi non potest animus compensandi cum debito dotis, quod inter eos nullum est.

Dices: Ergo nequit pater filiæ legatum relinquere nomine dotis, sive animo compensandi, contra textum in *d. l.* 2. *ff. de dote præleg.* cum concordantibus supra adductis. Pro responsione dicimus, cum pater legat filiæ nomine dotis, posse quæri, cuinam actio ad petendum legatum competat, filiæne, an marito? non semper enim actio legati com petit ei, cui legatum adscriptum est: quippe ea regula tenenda est, ut inspiciamus, cui testator voluerit prospectum, cujusque contemplatione fecerit, ut docet Ulpian. in *l. fideicommissa*, §. *interdum*, *lib.* 3. Hinc si pater legat genero filiæ nomine, non gener, sed filia habet actionem; nam cum dicit, *filiæ nomine*, utique filiæ prospicit, Cajus in *l. servo legato*, §. *si testator*, *lib.* 1. E diverso si leget *dotis filiæ nomine* genero, & gener legatum petet, cui consultum videtur; & petet filia, ut incipiat esse dotata, Papinianus in *l. Titio centum*, §. *Titio genero*, juncto §. *si post divortium*, & §. *fin. ff. de conditionib. & demonstrationibus*. At cum ponimus, patrem legasse non genero, sed filiæ dotis nomine, quam genero promisit, vel quam a genero exegit,

actio ex testamento competet filiæ, ex contractu competet marito, cujus interest, vel ut in dote soluta liberetur ab uxore, vel ut in dote promissa recipiat, quod sibi promissum est, *d. l. hujusmodi*, §. *cum pater*, *lib.* 1. Unde fit, ut pater debitor generi possit filiæ, animo compensandi dotem, legatum relinquere; quippe hæc compensatio magis respicit generum, quam filiam.

Reliquum est, ut Adversariorum argumenta solvamus. Et primo ad textum in *d. l. si cum dotem*, §. *si pater*, *ff. sol. matrim.* varie responsum est. Cujacius ait, legatum ibi dotis nomine non fuisse relictum; quod licet in textu non exprimatur, tamen id satis intelligi ex eo, quod Ulpianus velit, filiam alterutro esse contentam. Quæ ratio divinat.

Verius est, quod post Fabrum observat Schifordegherus *loc. cit. q.* 9. nempe in specie Ulpiani filiam agnovisse legatum, ut patet ibi: *Sive in legato tantum acceperit.* Et ibi: *Ab eo consecuta sit*. Et agnovisse quidem, nulla de dote sibi competente mentione facta, quo casu videtur acquievisse judicio defuncti, illudque approbasse: propterea dotem amplius petere non posse, ne quod semel probavit, deinde improbaret, contra textum in *l. Pomponius*, *ff. de negot. gestis*. Nam cum dicimus, filiæ deberi legatum, & dotem, id verum est, si filia utrumque petat: sed si accepit legatum, & simul dotem non petiit, sera erit dotis persecutio.

Secundo, cum ajunt debitum necessarium, naturale, legitimum compensari cum legato, ex *l. omnimodo*, *C. de inoff. testam.* & ex *auth. præterea*, *C. Unde vir, & uxor*, respondemus hæc Jura loqui de imputatione, non de compensatione. Quæ inter se longe distant, ut ex Lege Falcidia patet, in quam imputamus, quæ Jure hereditario accipimus, compensamus ea, quæ a coherede accipimus, *l. qui non militabat*, *in princ. ff. de heredib. instit.* *l. Nesennius in princ. ff. ad l. Falcid.* Oritur discrimen ex eo, quod compensatio est voluntaria, imputatio necessaria, ex lege, Cujac. in *d. l. qui non militabat*, *in lib.* 6. *responsorum Papin.* Vide latius Schifordegh. *loc. cit. qu.* 3. Sed admissa regula, ut vera, dicimus, debitum patris testantis non esse cum filia, cui legatum est, sed cum genero; propterea hic eam regulam frustra Adversarii inculcant.

De

De legator. & fideicommiss. exæquatione, ad l. 1 lib. 1. *Ulpianus* lib. 57. *ad Edictum*. Per omnia exæquata sunt legata fideicommissis.

CUm Justinianus substulisset differentias, quæ olim erant inter legata vindicationis, damnationis, modi sinendi, & præceptionis, jubens omnium unam esse naturam, præstando pro unoquoque actionem in personam, in rem, & utilem Servianam, seu hypothecariam, *l. 1. C. communia de legatis*; deinde progressus ulterius, statuit exæquare legata, & fideicommissa; quam quidem exæquationem a se introductam jactat in *l. 2. C. eit. tit. & §. sed non usque, Institutionib. de legat.* Quare mirum videtur, cum hic Ulpiano, qui pluribus annis ante Justinianum floruit, isthæc exæquatio tribuitur.

Sed ceteris omissis, non abludit a vero conjectura Cujacii hic, & 8. *obs.* 4. verba Ulpiani pertinere ad Interdictum quod legatorum, & ad legem Falcidiam; ut patet ex *l. 1. ff. quod legatorum*, quæ ejusdem Ulpiani est, desumta ex *eod. lib. 57. ad edictum*; quippe Senatusconsultum Pegasianum legatorum Falcidiam porrexit ad fideicommissa a testatore relicta, sicut constitutio D. Pii ad fideicommissa ab intestato, & constituti Severi ad donationes causa mortis; & propterea factum est, ut quarta, quæ vulgo Trebellianica dicitur, sæpe in Jure nostro appelletur Falcidia, *l. jubemus*, *C. ad Trebell.* Imo etiam sub Falcidiæ nomine quandoque etiam legitima portio, quæ olim erat quarta, comprehenditur, *l. Papinianus*, §. *meminisse*, *ff. de inoffic. testam. l. quisquis*, §. *uxores*, *C. ad legem Juliam majestatis*. Cum ergo interdictum quod legatorum edixisset, legata præstanda esse ab herede propter Falcidiæ retentionem, visum est Ulpiano interdictum istud porrigi etiam ad fideicommissa, quæ ob Trebellianicæ retentionem ab herede pariter deberent præstari; & ad hoc respiciens, scripsit per omnia exæquata esse legata fideicommissis. Simile est, quod habetur ex Paulo in *lib. 4. ad l. Juliam, & Papiam*, cujus hæc verba: *Hereditatis appellatione bonorum quoque possessionem contineri*, *l. hereditatis*, *ff. de verb. signific.* hoc enim non ita generatim accipiendum est, ut hic prolatum eperitur; verum ita, ut quæ in lege Papia de hereditate dicebantur, locum etiam aliquem in bonorum possessione obtinerent, Ravardus 3. *ambiguit. juris* 4.

Fuerunt & aliæ exæquationes ante Justinianum variis temporibus introductæ; nam in *l. Plautius* 43. *ff. ad l. Falc.* rescriptum D. Pii, ex quo fideicommissum datum servo communi fideicommittentis, & fideicommissarii, totum ad socium pertinet; id ipsum Paulus trahit ad legatum. Nempe attenta voluntate legantis, qui voluit totum legatum subsistere, & propterea censendus est voluisse totum uni acquiri; cum in persona alterius, qui heres est, nequeat subsistere. Ceterum voluntas non in uno tantum fideicommisso, sed in legato etiam attenditur; ut ex tacitis legatis constat.

Ita etiam, quod a D. Marco & Severo constitutum est, ut pro pecuniariis fideicommissis, quæ minoribus vigintiquinque annis relicta sunt, usuræ debeantur a die, quo peti fideicommissa potuerunt, *l. cum vero*, §. *apparet*, *ff. de fideicommissariis libertatibus*, *l. Titia Seio*, §. *usuras*, *lib.* 2. id deinde receptum est etiam in legatis, imo in contractibus, per minores initis, & lege sanxerunt Diocletianus, & Maximilianus, *l. in minorum*, *C. in quibus causis restitutio in integrum non sit necessaria*.

At Justinianus longius provectus, exæquationem non solum in his causis, sed generatim in omnibus aliis Juris effectibus constituit in *d. l.* 2. ubi quatuor omnino habet.

I. Nihil interesse, quibus verbis testator utatur; nam si volens fideicommittere, accidat eum uti verbis directis, validum intelligetur fideicommissum: sicuti utile legatum erit, quamvis testator verba precaria adhibeat.

II. Si testator expresse legaverit, huic legato accommodari ea omnia, quæ naturaliter insunt fideicommissis.

III. Fideicommisso facto præstari quæcunque sunt ex natura legati, prorsus ut ex omnibus triplex actio oriatur, in personam, in rem, & hypothecaria, ut etiam jam antea statuerat in *l. 1. §. verius*, *C. eit. tit. communia de legatis*.

Tandem Justinianus generatim notat, si occurrat aliquid contrarium in legatis, & fideicommissis, id quasi fideicommissum capi oportere, quia humanius, & plenius est. Sed ut hæc omnia clarius pateant, fit.

QUÆ-

QUÆSTIO I.

De primo capite exæquationis.

QUamvis vulgo notum sit, multas olim extitisse differentias inter legata, & fideicommissa; non omnibus tamen notus est fons & origo harum differentiarum: qui propterea scire neque etiam possunt, ubinam exæquationis vis consistat. Nos igitur originem differentiarum hic primo aperiemus cum Balduino *lib. 3. de Jure novo*, qui recte docet, totius differentiæ summam fuisse, quod sola voluntas in fideicommisso, in legato subtilitas Juris civilis spectaretur; cujus universi discriminis ratio erat, quod legatum ex legibus XII. Tabularum descenderet, sicuti testamentum, nempe illis verbis; *Uti paterfamilias super re, tutelave sua legassit, ita Jus esto.* E contrario autem fideicommissum multo deinde post tempore D. Augusti ex æquo & bono fit receptum, §. *postea*, *Institutionib. de fideicommiss. hereditatib.* Unde in *d. l. 2. §. fit igitur*, habetur, *Humanius esse fideicommissum Legato.*

Quibus recte intellectis, facile est cognoscere, ubi exæquatio consistat, quod quibusdam adeo arduum visum est, ut Principis declaratione indigere putaverint. Nempe ut voluntas, quæ ex bono & æquo habebat olim solummodo locum in fideicommissis, servaretur hodie etiam in legatis, remisso rigore Juris civilis: & e diverso vis & efficacia Juris civilis, quæ est in legatis, procedat in favorem fideicommissorum. Hoc dicitur exæquatio a Justiniano, quoniam inde fit, ut legatum censeatur in quantum ad benignam interpretationem tanquam fideicommissum, & fideicommissum in quantum ad vim habeatur tanquam legatum. Quod aperte deducitur ex Justiniano in *d. l. 2.* ibi: *Si quid tale est, quod non habet naturam legatorum, hoc ei ex fideicommissis accommodetur*: & ex similibus verbis, quæ in ea lege non sine involucro Justinianus perfudit. Et hæc videtur Pacii sententia in *Institutionibus tit. de legat.* §. 3. & Fabri 14. *conject.* 16. & Turamini hic: quamvis non ita clare mentem suam expresserint.

Falluntur ergo, qui cum Bolognetto hic volunt, exæquationem in confusione consistere, *id* est, legata, & fideicommissa habere unam essentiam, unamque definitionem, moti ex *l. 1. §. restius*, *C. communia de legatis*, ubi Justinianus ait, se omnibus tam legatariis, quam fideicommissariis, unam naturam imponere. Sed non animadvertunt, eo loco Imperatorem explicare dictum suum tantum in quantum ad actiones in rem, in personam, & utilem Servianam, ut scilicet sicut hæ tribuuntur pro legatis, ita etiam tribuantur pro fideicommissis; unde una est natura respectu potestatis, & effectuum, non respectu essentiæ.

Nunc ad speciales effectus deveniamus, quos partim explicabimus hic, partim in sequentibus. Primo ergo, quoniam legata ex legibus XII. tabularum descendunt, legis modo relinqui debebant, utpote quæ vim etiam legis habent, ex verbis illis, *Jus esto*, Ulp. in *fragm. tit. de legatis*. Id autem dicitur legis modo relinqui, quod casu recto, & modo imperativo relinquitur: ex quo factum est, ut verba directa etiam imperativa dicantur, *l. quoniam*, *C. de testamentis*; dicantur etiam civilia, *l. verbis civilibus*, *ff. de vulg.* Verum hic rigor paulatim cœpit emolliri, ubi permissum fuit ita legare, *Do lego Titio centum*; pro eo, quod olim omnino debebat dici, *Titius centum capito*, vel simili modo, qui legis conceptionem imitaretur. E contrario fideicommissa fiebant verbis precariis, seu inflexis, quæ hodie Doctores *obliqua* vocant.

Hinc de quibusdam verbis controversia orta est, aliis ea inter directa, aliis inter inflexa computantibus. Ita est de verbo *jubeo*; nam si testator ita dixit, *Titio domum dari jubeo*; id pro fideicommisso nonnulli accipiebant, ut Scævola in *l. Aurelius*, §. *ult. ff. de liber. legata*: alii contra, pro legato. Unde Justinian. in *d. l. 2. C. commun. de legat.* enumerans verba directa, ait, *Quale est jubeo forte*.

Sic quoque est de verbo, *impero*, quod pro precario habitum est a Paulo 4. *sent. tit.* 1. contra quam in *d. l. quoniam*, *C. de testamentis*, ubi pro directo habetur. Ita etiam fideicommissarium verbum est *Peto*, in *l. Titia Sejo*, §. *ult. lib.* 2.

Eveniebat etiam, ut quandoque in eadem dispositione testator verba precaria simul, & directa apponeret. Hinc lites ortæ utrum id pro legato, an pro fideicommisso haberi deberet, veluti, ubi testator dixit, *Do lego Titio centum*, addit, *Adjuro heredem meum, ut quod dedi legavi præstet*. Et hoc est, quod vult

volt Justinianus in *d. l.* 2. cum refert, per juramenti interpositionem varias agitari lites solere: ubi *juramenti* nomen non significat, nisi obsecrationem seu adjurationem. Itaque in exemplo proposito verba *do lego*, directa sunt; verbum *adjuro* est precarium, ut in *tit. de fideic. hered. in princ.* Quamvis aliter explicet Cujac. 16. *obs.* 25. & in *l. cum pater*, §. *filius matrem*, *lib.* 2.

Quoniam enim fideicommissa olim non ex Jure, sed ex fide heredis, vel legatarii, restituebantur; ideo soliti fuerunt testatores fidem heredis, aut legatarii, implorare, eosque obsecrare per Deum ut restituerent, *l.* 3. *ff. de Jure fisci*; vel per salutem Augusti, ut in *d. tit. de fideicomm. hered. in princ.* At quia deinde ex constitutione Octaviani factum est, ut fideicommissa restituerentur omnino ab eo, cui erant injuncta; propterea quæri cœptum est, si testator relinquendo fideicommissum adjuraret heredem, ut illud restitueret, quidnam jusjurandum illud operari deberet, ne esset frustratorium; nam sine eo fideicommissa vim jam habebant. Et de hac re est textus in *d. l. cum pater*, §. *filius matrem*, ubi filius matrem heredem scripserat, & fideicommissa tabulis data cum Jurisjurandi religione præstari rogaverat. Quæsitum est, quid de jurejurando statuendum esset. Et respondet Papinianus, si accidat testamentum nullum esse, aut rumpi, irritumve fieri, matrem legitimam heredem cogi fideicommissa ab intestato præstare. *Nam*, ut inquit textus, *enixæ voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectæ videntur*. Ubi male vulgo cum Acc. putant jusjurandum accipi pro invocatione divini nominis in testem rei dubiæ, cum omnino sit adjuratio, & obsecratio; nam verba filii ita concepta fuerunt: *Per Deum rogo heredem meum, ut in his, quæ fideicommissi, fidem mihi præstet*, ut in *d. l.* 3. *ff. de Jure fisci*. Et hæc adjuratio a Papiniano, *enixæ preces* dicuntur, & vim habent, ut fideicommissa præstanda sint, etiam testamento nullo.

Excipe tamen, si adjuratio de re impossibili, seu turpi sit, ut intelligendus est textus in *l. si quis inquilinos*, §. *ult. lib.* 1. cujus verba sunt: *Divi Severus & Antoninus rescripserunt, jusjurandum contra vim legis, & auctoritatem Juris in testamento scriptum, nullius esse momenti*. Ubi Accurs. per Jusjurandum intellexit divinam attestationem, & ita speciem ponit, *Lego tibi decem, si juraveris, capitolium non ascendere*.

Quæ explicatio recipi non potest. Primo quia ita legatarius jurare deberet post testatoris mortem in alia scriptura, quam testamento; & nihilominus in textu dicitur, jusjurandum in testamento fuisse scriptum. Secundo, quia eo modo Severi, & Antonini constitutio inutilis fuisset, quia jam ante ipsos a Prætore generatim edictum fuerat, nihil posse sub conditione jurisjurandi, seu attestationis divinæ relinqui: quod si relictum fuerit, jusjurandum nihil operari, *l. qui sub conditione*, *ff. de conditionib. institut.*

Itaque in *d.* §. *ult.* Jusjurandum non erit, nisi obsecratio testatoris in testamento scripta, qua adjurat heredem, ut quid faciat contra vim & auctoritatem legis, utputa si heredem roget, ut hereditatem filio adulterino restituat. Hæc obsecratio, quia contra legem, non obligat heredem, quamvis alias enixæ voluntatis preces maxime operentur, ut dicebat Papin. in *d. l. cum pater*, §. *filius matrem*.

Sed, ut ad institutum revertamur, Justinianus hunc rigorem verborum sustulit, & voluntatem solam testatoris attendi debere statuit: *Nos enim*, inquit ipse in fine, *non verbis, sed ipsis rebus leges imponimus*. Quare si accidat testatorem, dum legandi animum habet, per ignorantiam uti verbis fideicommissi, uti sunt *volo*, *rogo*, *mando*, *fidei tuæ committo*, intelligitur tamen legatum fecisse: & e contrario, si fideicommittendi animo utatur verbis directis, censetur fecisse fideicommissum. Quod aperte patet ex *d. l.* 2. *in princ.* cum dicitur: *Omne verbum signans testatoris legitimum sensum legare, vel fideicommittere volentis, utile, atque validum est, sive directis verbis, sive precariis utatur testator, &c.* Ceterum dubitari non potest, istam testatoris voluntatem, quæ verbis testamenti repugnat, esse aliqua saltem conjectura probandam, ut si testator cum dixisset, *Do lego Titio domum*, deinde eundem Titium *fideicommissarium* vocet; nam si hæc voluntas non probetur, constat verba attendi debere, & legatum non haberi, ut fideicommissum; quippe cum in verbis nulla est ambiguitas, non debet admitti quæstio voluntatis, ut dicitur in *l. ille aut ille*, *lib.* 3. & quæ ex ipsis verbis testamenti pendeant, debent secundum scriptum expediri, & mitti voluntatis quæstio, *l. in iis*, *quæ extra* 16. *ff. de condit. & demon-*

demonstrat. Ergo cum aperte verbis legatorum utitur testator, voluntas fideicommittendi non debet attendi, & e contrario.

Ceterum in *l. quisquis*, *lib.* 3. qui rogat heredem, uti det quantas summas dictaverit, & deinde nominet vestem, equum, & alias res corporales, omnes sub natura summarum continentur.

In *l. cum virum*, *C. de fideic.* heres rogatus, ut quidquid ad eum ex hereditate pervenerit, restituat, licet ex rigore verba & prælegatum contineant, admittitur tamen probatio in contrarium.

QUÆSTIO II.

De altero capite exæquationis.

Hic agemus de eo, quod Justinianus ait, quæ fideicommissis naturaliter insunt, id est, quæ ex bono & æquo in ipsis recepta sunt, ea omnia accommodari legatis. Ceterum hæc multa & varia sunt; quorum nonnulla magis notatu digna in præsens a nobis sunt accensenda.

I. Legatum ita testamentum exigit, ut nec codicillis testamento confirmatis relinqui possit; quod secus est de fideicommisso, quod in codicillis etiam ab intestato relictum valet, §. *præterea de fideic. hereditatibus*; scilicet quia in fideicommissis, ut diximus, sola voluntas defuncti spectatur. Hodie vero, propter exæquationem, si legatum ab intestato fiat, utique effectum sortitur, sed tanquam si fideicommissum esset, argumento ex §. *sed non usque, de legatis*. Unde legati definitio, ut sit *Donatio testamento relicta*, *l.* 36. *lib.* 2. etiam hodie recte habet; nam, ubi legatum in codicillis ab intestato relinquitur, valet in vim fideicommissi; quamvis Tribonianus ad omnem scrupulum removendum, illud, *testamento*, mutaverit, *a defuncto*, ut supra notatum est.

II. Quamvis a legatario fideicommitti possit, tamen si ab eo legetur, legatum non valet, ut in *tit. de singulis reb. per fideicommissum relictis*, *in princ.* & in *l. ab eo*, *C. de fideicomm.* At si hodie a legatario legetur, valet ut fideicommissum. Ex quo fit, etiam post exæquationem recte dici legatum ab herede præstari; nam cum a legatario præstatur, non est, nisi fideicommissum.

III. A Domino heredis instituti, vel legatarii, non potest legari, Ulpian. in *fragm. tit. de fideicomm.* sed ab eodem potest fideicommissum relinqui: quod etiam dictum esto de patrefam. cujus filius heres est, aut legatarius; nam quilibet, ad quem aliquid pervenit, potest fideicommisso obligari, *l. cum filiofam. lib.* 1. Si accidat servum legatarium manumitti, antequam legatum agnoscat, Dominus de fideicommisso non tenetur, quia nihil ad eum pervenit; sed tenetur ipse servus, non quidem directo, quia rogatus non est, sed actione in factum utili, nempe quia penes ipsum hoc casu remanet omne commodum legati, *l. si alienus*, *lib.* 1. *l.* 4. *lib.* 3. Quod si Dominus servum ante agnitionem vendiderit, adhuc ipse Dominus venditor fideicommisso obligatur, quia vendendo servum, cui legatum erat delatum, pluris vendidit. Verum si venditor non sit solvendo, tunc tenebitur emtor actione utili, *l. si servum*, *ff. si quis omissa causa testamenti*, *l. plane*, §. 1. *lib.* 1.

Itaque pro conservanda, quantum fieri potest, voluntate testatoris, ex bono & æquo receptum est, ut possit fideicommisso obligari, quicunque aliquid ex testamento capit; quæ æquitas facit, ut hodie id ipsum dicamus de legatis. Uno excepto casu, nimirum, ut ab eo, qui fortuito Dominus servi potest fieri, & ita ad legatum venire, nominatim fideicommissum, aut legatum relinqui non possit; nec enim adeo se bonum æquum porrigit, ut cui nihil certo judicio dederis, eum rogando obliges, *l.* 6. §. 1. *lib.* 3. Exemplum esto, Legavi Sticho centum, & addidi, si Stichus Seji factus legatum agnoscat, rogo Sejum, ut det Titio centum. Hoc fideicommissum inutiliter fit. Cetera ad hanc rem pertinentia, vide apud Cujacium in *d. l. cum filiofam.*

IV. Fideicommissum nuda voluntate adimitur ipso Jure, ut si capitales, vel gravissimæ inimicitiæ ortæ sint. Secus vero legatum, quod nuda voluntate non revocatur ipso Jure, sed tantum legatarius petens excluditur doli mali exceptione opposita; nam dolo facit, qui legatum contra defuncti voluntatem petit, *l. si quis ita* 3. §. *ult. ff. de adim. legat.* Hoc quoque discrimen propter exæquationem videtur sublatum; quippe non minus in legato, quam in fideicommisso hodie sola seu nuda voluntas defuncti inspicitur, *l. pen. lib.* 1.

V. Putat Balduinus *loc. cit.* legatum nutu

olim relinqui non potuisse, ficuti nec stipulatio fieri nutu potest, *l.* 1. §. *si quis ita*, *ff. de verb. obligat.* quamvis fideicommissum recte relinquatur, dummodo is, qui annuendo relinquit, fari possit, *l. nutu*, *l. Pamphilo*, §. *pen. lib.* 3. *l. & in epistola*, *C. de fideicomm. l. ult. C. de codicill.* quandoquidem in Jure nostro nutu pleraque consistunt, ut dicitur in *l. obligamur*, *in fine*, *ff. de obligationib. & actionib.* ut potest quis nutu assignare libertum, *l.* 1. §. *assignare*, *ff. de assign. libert.* debitorem alteri delegare, *l.* 17. *ff. de novationib.* Ita etiam fideicommissarius nutu significare potest, velle se ab herede hereditatem adiri, *l. servo*, §. *si pupillo*, *ff. ad Trebell.* Imo Cujac. in *d. l. nutu* putat, contractus omnes, qui nudo consensu consistunt, nutu fieri posse, ut etiam pacta; nam si pacta tacito consensu iniri possunt, *l.* 2. *ff. de pactis.* Cur non etiam nutu?

QUÆSTIO III.

De tertio capite exæquationis.

Sicuti æquum bonum, quod inest fideicommissis, accommodatum est legatis, ita e diverso, vis & efficacia legatorum communis facta est fideicommissis. De qua re in præsens agendum est. Hæc legatorum vis in duobus consistit. I. quod dominium transfertur recta via. II. quod pro legato triplex actio conceditur.

I. Itaque per restitutionem fideicommissi sibi ab herede factam fideicommissarius non nisi possessionem ejus adipiscitur, dominio apud heredem remanente, ut constat ex *l.* 3. *ff. si usufr. petatur*, ubi is, cui ususfructus ex causa fideicommissi traditus est, possessionem ususfructus duntaxat dicitur habere, non etiam dominium, quod adipiscitur is, cujus legitime ususfructus factus est. Quod ex veteri distinctione dominii Quiritarii, & Bonitarii dependet; heres enim dominium Quiritarium retinens, Bonitarium transferebat in eum, cui restituere rogatus erat. Non ita est in legatario, cui etiam ignoranti legati dominium acquiritur, ut diximus ex *l. si partem*, §. 1. *ff. quemadmodum servitus amittatur*, & *l. cum pater*, §. *surdo*, *lib.* 2. Hanc suam vim fideicommissis hodie legatum impertit, ut propterea in fideicommissarium transferatur dominium recta via, sicuti possessio per præstationem heredis, aut legatarii gravati.

Verum hanc exæquationem Accurs. in *d. l.* 2. *v. actiones*, negat locum habere in uno casu libertatis; nam si libertas directo, servo proprio data sit, statim adita hereditate servus tanquam Dominus rei vindicabit; at si fuerit precario relicta, eam non consequetur servus, nisi ab herede sit manumissus: unde illo casu est libertus defuncti, sive orcinus, isto est libertus heredis, §. *pen. de singulis rebus per fideicommissum relictis*. Quia ergo istæ libertates manent distinctæ, propterea viget etiamnum dispositio textus in *l. si quis servo*, *ff. de manum. testam.* ubi si servo detur libertas conjuncta scriptura per legatum, & per fideicommissum, erit servi electio, an sit orcinus, an libertatem fideicommissariam capere velit. Dixi conjuncta scriptura, sive ex continenti, veluti, Stichus servus meus liber esto, rogoque heredem meum, ut quod dedi, præstet; nam si ex intervallo hæc fiant, tunc novissima scriptura servatur.

Quamvis autem in reliquis legatis & fideicommissis idipsum statutum sit, scilicet, ut cum idem & legatum, & per fideicommissum relinquitur conjuncta scriptura, in potestate legatarii sit, utrum id Jure legati, an Jure fideicommissi petere velit, *l. quisquis*, *lib.* 3. *l. Publius*, *ff. de conditionib. & demonstrationib.* Tamen hodie propter exæquationem hæc electio nullius prope momenti est, ut actus sustinendus sit tanquam fideicommissum, quod humanius est, ut diximus in primo capite exæquationis.

Hæc vera esse fatetur post alios Bartolus hic; nihilominus maxime ait se urgeri ea difficultate, quod Justinianus omnia omnino legata se exæquasse cum fideicommissis doceat. Propterea DD. varias ac varias responsiones comminiscuntur, de quibus videndus præcipue Aretinus hic; nos enim eas omittendas duximus, quia vanæ, & commentitiæ omnes sunt.

Respondendum itaque est, dationem libertatis directo in testamento scriptæ, legatum non esse, siquidem proprie, & in specie legati nomen usurpetur; quamvis si generatim accipiamus, quatenus comprehendit omnem ultimam voluntatem, datio libertatis in testamento legatum dici possit. Ita Ruinus, Crotus, Marianus Soccinus, & Bolognetus hic, Vaconius 4. *decl. Juris* 120. Turaminus in hoc *tract. cap.* 5. & *epist.* 2.

Probatur id I. ex *l. verbis legis*, *ff. de verb.*

verb. signif. ubi Pomponius explanans verbum *legassit* in XII. tabulis, ait: *Latissima potestas tributa videtur & heredes instituendi, & legata, & libertates dandi, tutelas quoque constituendi*. Ubi duo habemus, primo legandi verbum generatim sumtum comprehendere dationem libertatis, ut etiam habetur in *l. cum in substitutione*, *lib.* 3. & in *l. in generali*, *ff. de verbor. signif.* Secundo legati nomen stricte sumtum distingui, & secerni a libertate, inquit enim, *Legata & libertates dandi*, & particula *&*, inter diversa poni solet. Quocirca sicut tutelæ datio licet in testamento scripta legatum non est, sed ultima voluntas in genere, ita quoque dicendum est de datione libertatis.

Probatur II. ex Paulo in *l. Stichus servus*, *ff. de manum. testament.* quippe Jurisconsultus ait, longe distare legatum, & libertatem, quamvis in hoc conveniant, ut sicuti inutiliter datur libertas hoc modo, Stichus servus meus, si eum heres alienaverit, liber esto; quia libertas in id tempus confertur, quo servus alienus erit; ita quoque ob eandem rationem inutiliter ita legatur, si heres meus equum meum alienaverit, eum do lego Titio: quod de legato damnationis accipit Cujac. 14. *obs.* 36. Hæc distinctio est etiam apud Scævolam in *l. Imperatores*, *in princ. ff. de transact.* ibi: *Manumissis, vel legatariis*; & in §. *ante heredis*, *Institutionib. de legatis*: ibi: *Ut liceat & ante heredis institutionem, & inter medias heredum institutiones, & legatum relinquere, & multo magis libertatem, cujus usus favorabilior est*.

Probatur III. quia heredi soli instituto legari non potest, cum a semetipso capere nequeat, *l. & quidem*, *lib.* 1. Sed servo heredi instituto recte relinquitur libertas; & tamen a semetipso capit, *l.* 6. §. *ult. ff. de hered. instit.* Unde fit, ut datio libertatis legatum non sit.

Ex hoc pendet I. ratio textus in *l. plane si filium*, §. *ult. lib.* 1. ubi servus testamento manumissus non potest fideicommisso onerari. Dici enim potest hoc fieri, quia legatarius non est. Sed aliam rationem reddit ibidem Cujacius, nempe quia libertatis æstimatio non est, *l. naturalis*, *in fin. ff. de præscript. verbis*, & cujus rei nulla æstimatio est, ei onus non potest adjici, cum onus adjiciatur pro modo æstimationis. Unde similiter fit, ut si legatarius servum pure legatum rogetur manumittere, quamvis manumittendo Jus patronatus acquirat, tamen, quia neque hoc æstimationem recipit, *d. l. naturalis*, propterea is non potest alio fideicommisso onerari, ut in *d.* §. *ult.* Quæ ratio non est diversa ab ea, quam reddit textus, nempe, quia is pecuniam ex causa fideicommissi præstare cogendus est, qui aliquid ejusdem generis, vel similis, ex testamento consequitur; nihil autem est simile Juripatronatus, vel libertatis. Quæ tamen rationes omnes probæ sunt.

Pendet II. cur in Jure nostro titulus non est de libertate legata, sed e diverso *de manumissis testamento*, sicuti quoque est *de fideicommissariis libertatibus*. Proinde Justinianus incidenter, & per occasionem locutus est de directa libertate in Institutionibus agens de singulis rebus per fideicommissum relictis.

Pendet tandem, cur nunquam in Jure reperiatur; lego libertatem. Quod Vaconius, & Socc. observant.

Verum pro Antiquis, qui dationem libertatis inter legata numerabant, pugnant Alciatus, & Duarenus hic, & Cæsar Costa 1. *ambig. Juris* 34.

Et moventur I. ex *l. sed etsi conditioni* 6. §. *ult. de hered. instit.* ubi ex Juliano habetur, servo, qui sit necessarius heres, id est, solus cum libertate institutus heres, libertatem codicillis adimi non posse, ne a semetipso ei libertas adimatur; servus enim heres institutus a semetipso libertatem accipit. Hæc ibi probans Ulpianus subdit: *Nam sicut legari sibi libertas non potest, ita nec a se adimi*.

Pro responsione sciendum est, in Pandectis Florentinis verbum *libertas* abesse; quippe legitur: *Nam sicut legari sibi non potest, &c.* Et quamvis Alciatus, & Duarenus contendant, id subintelligi, & Ulpiani verba omnino ad libertatem referenda esse: hoc tamen falsum est, cum libertas servo instituto a semetipso dari possit; alioqui textus esset sibi ipsi contrarius; nam primo diceret, servum institutum a se ipso capere libertatem, tum adderet, libertatem sibi legari non posse. Sensus itaque verborum Ulpiani est, quod sicuti non potest a seipso sibi aliquid legari, ita nec potest a seipso sibi aliquid adimi. Quæ ratio generalior est dicto, & a repugnantibus petita.

Moventur II. ex *l. ult. C. de comm. servo* ma-

manumisso, ubi unus ex Dominis dicitur servo communi partem suam legasse, & hoc infra legatum pariter appellatur.

Respondemus tamen, partem capi oportere de dominio. Olim cum unus ex Dominis dicebat, Sticho servo communi do lego partem meam, servus Jure accrescendi ex integro quærebatur alteri Domino. Qui modus civilis acquisitionis per Jus accrescendi a Justiniano sublatus est, §. *erat olim*, *cum seqq. Institutionib. de donationib.* Et de his satis.

Secundo sicuti pro legato tres conceduntur actiones, in rem, in personam, & hypothecaria, ita etiam pro fideicommisso; ita tamen, ut realis actio cadat in rem ipsam legatam, seu fideicommissam, modo res certa sit, existat, sit etiam testatoris, & dispositio sit pura; nam quoties in diem, aut conditionalis est, reivindicatio non competit legatario, aut fideicommissario, nisi adveniente die, aut conditione purificata, Acc. Bart. & ceteri in *d. l. 2. C. communia de legatis*.

Hæc etiam actio videtur habere locum in usufructu legato; quamvis enim Aretinus hic velit, usumfructum non acquiri legatario, nisi præstita cautione de recte utendo, & de restituendo, & proinde actionem realem legatario non præstari, nisi post eam cautionem præstitam; verius tamen est, quod putat Bart. in usufructu cautionem non censeri de substantia, quia non cavetur, nisi post constitutum usumfructum, *l. usufructu*, *C. de usufr.*

Non ita sese res habet in quasi usufructu, ubi cautio de substantia est. Ratio est, quia in tritico, lana, nummis, & id genus aliis, repugnat naturaliter & civiliter, ut detur usus; eorum enim, quæ utendo consumuntur, non est usus, sed abusus, *l. 5. §. ult. ff. de usufr. ear. rer.* Propterea quoties Senatus consultum favore ultimæ voluntatis in his etiam rebus usumfructum constitui posse jussit, necesse fuit, ut eas haberet, tanquam res, quarum substantia utendo salva remaneret, quod de substantia usufructus est. Id autem Senatusconsultum fecit remedio cautionis præstandæ heredi de restituendo eandem mensuram, vel idem pondus, vel eundem numerum, cum legatarius morietur, vel capite minuetur. Ex qua cautione fit, ut amplius in illis rebus non videatur cadere abusus, sed usus, Quare, ut notat Cujacius in *l. 1. ff. de usu*, *& usufr.* remedio cautionis multa fiunt, quæ detracta cautione nec naturaliter, nec civiliter fieri possunt. Ita remedio cautionis dominium constituitur ad tempus in legatis, vel fideicommissis, veluti do lego Titio ædes meas in quinquennium; debet enim legatarius cavere heredi, se finito quinquennio, legatum esse ei restiturum, *l. ult. C. de legatis*. Ita quoque remedio cautionis Mutianæ repræsentatur legatum conditionale, antequam conditio extiterit, *l. 7. ff. de condit. & demonstr.* In proposito etiam nostro ope cautionis res, quæ sunt in abusu, habentur tanquam si in eis esset usus, hoc est, tanquam si rerum substantia salva remaneret. Unde fit, ut cautio de essentia esse videatur, sicuti de essentia ususfructus est salva rerum substantia, *l. si lana*, *ff. de usufr. ear. rer. l. 1. §. si decem*, *ff. ut legatorum nomine*. Propterea legatario, aut fideicommissario, non quæritur dominium, nec realis actio conceditur, nisi præstita cautione.

Si tamen de facto accidat, legatarium nummis exempli gratia receptis cautionem non præstitisse, ex bono & æquo iste quasi ususfructus non revocatur, sed cautio omissa ab herede condicitur condictione incerti, ut est intelligendus textus in *l. 5. §. si pecuniæ*, *ff. de usufr. ear. rer.* quidquid post alios contradicat Fach. 8. *contr.* 43.

QUÆSTIO IV.

De ultimo capite exequationis.

Est hic demum videndum de eo casu, quo testatoris verba partim ad fideicommissum trahunt, partim ad legatum, ut in exemplo suppraposito ex mente Justiniani in *d. l. 2.* ucmpe, *Adjuro heredem meum*, *ut centum Titio det*, ubi *adjurandi* verbum propric est fideicommissorum, sicut *dandi* est legatorum. Non enim putandum est decisionem hujus casus a Justiniano ibi esse omissam, ut prima fronte videtur; nam utique deciditur in illis verbis: *Ubi autem aliquid contrarium in legatis*, *& fideicommissis eveniet*, *hoc fideicommisso quasi humaniori aggregetur*, *& secundum ejus dirimatur naturam*,

Ex quibus verbis manifeste deducitur, quod supra dicebamus, non esse confusa Jura legatorum, & fideicommissorum, quod quidam volunt; aliter enim nihil interesset, utrum supradicta dispositio aggregetur fideicommissis,

an

an potius legatis; & nihilominus Justinianus ait, aggregari non legatis, sed fideicommissis, prout humanioribus.

Deducitur etiam, exæquationem tunc intelligi, cum legatum indiget ea benignitate, quæ locum habet in fideicommisso, & fideicommissum ea vi, quæ locum habet in legatis. Quod si hæc indigentia cesset, legatum non erit, tanquam fideicommissum, nec e contrario fideicommissum, tanquam legatum. Quod valde notandum.

Olim legatum Græce non poterat relinqui, quod ante Justinianum sublatum fuit ex *Nov. Theodosii de testamentis*; ex quo in hac parte visum est æquari fideicommissis, quæ Græce scripta valent, *l. fideicommissa*, *l.* 11. *lib.* 3.

QUÆSTIO ULTIMA.

De actione pro Legato tacito.

VOcant Doctores legatum tacitum, quod non ex verbis, sed ex mente testatoris colligitur, aliquando per antecedens, sed sæpius per consequens. Exempla multa sunt in Jure nostro, sed aliqua proferre sit satis.

Quidam servo suo libertatem in testamento dedit sub hac conditione, si redditis rationibus centum heredibus intulisset. Censetur testator tacite legasse servo peculium, exceptis 100. quæ heredibus jussit inferri, ut rescriptum est a D. Severo & Antonino; *l. denique*, §. *interdum*, *ff. de peculio legato*, §. *peculium*, *Institutionibus de legatis*. Nempe, quia nisi statulibero peculium esset legatum, is solveret heredibus non de suo, sed de eo, quod ipsorum esset heredum. Unde aliud esset, si quid alteri non heredi solvendum esset; nam statuliber, qui dare aliquid ex peculio conditionis implendæ gratia jussus est, non solum peculium suum non facit, verum etiam potest ab herede prohiberi ne illatis ex peculio pecuniis conditionem impleat, *l.* 3. §. *fin. ff. de condict. causa data.* Eleganter Chavarri in *didascalia multiplici par.* 2. *cap.* 4.

Ita quoque testator binas ædes habebat, alterarum usumfructum legavit, alteras heres retinet Jure hereditario, si accidat legatarium non posse ad ædes accedere, nisi per eas, quas heres retinet, videtur accessus tacite fructuario legatus; quia sine eo nullus esset usus, nullus fructus, *l. damnas*, §. 1. *ff. de usu*, & *usufr. legato*, *l. servum filii*, §. *si duos*, *lib.* 1. *l. Gaurus*, alias *l. binas* 9. *ff. de servitutibus urbanorum*, ubi & illud habetur, haustu relicto, iter quoque ad fontem relictum censeri. Ratio est, quia alterum sine altero esset inutile; & qui vult consequens, intelligitur & velle antecedens.

Præterea heres non potest legatario ædium omne lumen eripere, tollendo altius ædes sibi a testatore cum hereditate relicta, *d. l. Gaurus*, *in fin.* Quod utique a tacito servitutis legato provenit; nam eo cessante, nulla actio in heredem competeret, *l. cum eo*, *ff. cit. tit.* Idipsum est, si ædes propriæ heredis sint, *l. altius*, *ff. de servitutibus*, & *aqua*, *l. si is qui binas*, *ff. de usufr.*

Ex his & illud eliciunt DD. nempe si legetur ususfructus fundi ea lege, ne legatarius proprietatem alienet, ipsam quoque proprietatem tacite legatam censeri, *Rom. cons.* 206. Hippol. de Marsilius *sing.* 561.

Nonnunquam relegatio tacita est, ut in usufructu ad tempus relicto, veluti, Titio, quandiu vivat, do lego usumfructum; & accidat Titium capite minui, ex mente testatoris ei ususfructus relegatus videtur. Idem est, si ad tempus certum relictus sit, veluti usque ad decennium, *l.* 3. *in princ. ff. quibus modis ususfructus amittatur*. Ex quibus apparet, etiam ante Justiniani exæquationem cæpisse in legatis fieri benignam interpretationem, aliqua tamen causa urgente; nam si legis rigorem attendas, hæc legata, de quibus diximus, nulla sunt; nam legatum est, *Quod legis modo testamento relinquitur*, ex definitione Ulpiani in *fragm. tit.* 24. Expressit hoc ultimæ voluntatis favor, sicut & illud, ut verba propter aliud prolata, quæ vocant enunciativa, dispositionem inducant. Quare si miles testamento ita scribat, *Samiam in libertate esse jussi*, libertatis datio valet, *l. testamento militis*, *ff. de manum. testam.* ut etiam in *l. Paulus*, §. *fin. ff. de fideicomm. libert.* Quod non esse ex solo militiæ, aut libertatis privilegio, sed ex testantium favore, constat ex *l. qui volebat*, *ff. de hered. instit.* ubi si ita scriptum sit, *Te autem, filia, ideo exheredavi, quoniam contentam te esse dote volui*, exheredatio valet, & ex *l. ex hac scriptura*, *ff. de donationibus*, ubi testator scripsit, *Sciant heredes mei, me vestem meam vivum libertis meis donasse*, voluntas testatoris ex benigna interpretatione substinetur, & causa mortis donasse censetur, ut Accurs. monet.

monet. Recte Ulpianus ait *ex benigna interpretatione*; nam si legis strictam rationem inspiciamus, recte Jurisconsulti statuerunt apud Plinium 4. *epist. ad Sabinum*, ex his similibusque verbis, nihil dispositum censeri, Cujac. in *l. Titia cum testam. in princ. ff. de leg.* 2.

His positis, ad quaestionem dicimus, pro legato tacito actionem realem non concedi, ut Bart. communiter receptus hic docet. Et probatur ex *d. l. servum filii*, §. *si duos*, & ex *d. l. damnas*, §. 1. in quibus aperte habetur, legatario non concedi pro tacito legato, nisi actionem personalem. Videntur tamen inter se leges illae circa modum & viam contrariae; nam in *d. l. servum filii*, §. *si duos* habetur, si testator unum fundum Titio, & alterius fundi usumfructum mihi legavit, Titium non debere mihi iter, sed heredem cogi a me actione personali ad redimendum iter a Titio, & redemtum mihi praestare. E diverso in *d. l. damnas*, §. 1. dicitur, Titio non aliter concedendum esse ab herede fundum, nisi prius transeundi Jus mihi legatario praestet.

Accursius in *dd. ll.* pro solutione, tres casus videtur distinguere. Primo heres per retentionem fundi extorquebit a Titio viam, juxta textum in *d. l. damnas*, §. 1 Secundo, si heres ignorans ea retentione non sit usus per errorem, sive per oblivionem, & poterit id consequi condictione indebiti, quasi plus debito dederit, vel condictione incerti, *d. l. sed etsi* 22. §. *ult. ff. de condict. indebiti*: vel tandem condictione sine causa, *l. si tibi*, *ff. de actionibus emti*, *cum concordantib.* Tertio, si heres sciens volens retentione non sit usus, & liberum fundum Titio praestitit, cogetur a Titio emere iter, & mihi praestare, *d. l. servum filii*, §. *si duos*, ut etiam Cujacius ibi docet.

In contrariam sententiam ivit Aretinus hic, docens pro tacito legato dari legatario ipso Jure actionem realem, & sequuntur Alciatus, & Bolognetus, qui moventur ex *l. si fundum sub conditione*, §. *qui fundum*, *lib.* 1. ubi si fundus, excepta villa, legatus sit, inquit Julianus, *Fundus excepta villa vindicari debebit*, & *servitus* (hoc est iter) *ipso Jure villae debebitur*.

Varie se torquent DD. pro explicandis verbis illis, *Ipso Jure*. Rogerius exposuit, *aequissimo Jure*, Accurs. *de Jure*. At omnium optime Cujacius pro Jure civili accepit, ut opponantur superiori ejusdem legis casui, qui de Jure praetorio fuit resolutus. Constat ex *l.* 1. §. *servitutes*, *ff. de superficiebus*: *Servitutes quoque Praetorio Jure constituantur*, & *ipsa ad exemplum earum*, *quae ipso Jure constituta sunt*, *utilibus actionibus petentur*, ubi pulchre Duarenus. Quod ut recte intelligatur, speciem legis exponamus. Testator instituto herede, legavit Titio fundum, excepto aedificio; quod aedificium propterea remanebit apud heredem una cum itinere, per fundum legatum. Dubitabatur tamen, quo Jure haec consequi heres deberet. Et Jurisconsultus duos omnino casus distinguit, alterum qui procedit de Jure praetorio, alterum de Jure civili. Primus est, si testator nomine aedificii excepit superficiem tantum, sine solo: quo casu heres erit superficiarius, at solum erit legatarii, & in consequens erit etiam Dominus superficiei, quoniam superficies cedit solo. Unde fit, ut legatarius vindicare possit totum fundum, hoc est, una cum solo, & superficie. Nihilominus ait Jurisconsultus, heredem se tueri exceptione doli mali, ut sibi in aedificio habitare liceat, habeatque ad illud iter. Hunc casum decidi hic a Jurisconsulto juxta Praetorium Jus, constat tum quia doli mali exceptio, quae hic heredi superficiario conceditur, a Praetore proposita est, *l.* 1. §. *ideo autem*, *ff. de doli mali exceptione*; tum quia in *l.* 1. §. *quod autem*, *ff. de superficieb.* generatim a Praetore constitutum est, si Dominus adversus superficiarium velit vindicare, posse eum actione in factum removeri. Posterior casus est, cum testator nomine aedificii intellexit, non tantum superficiem, sed solum, quasi dixerit villam, quae est aedificium rusticum constans solo, & superficie; tunc quia heres est Dominus villae, propterea Jure Praetorio non indiget, satis ab ipso Jure civile tutus adversus legatarium, &, ut ait textus. *Servitus villae ipso Jure debebitur*, hoc est non per exceptionem ex aequitate Juris Praetorii ipsi concessam, sed per retentionem, seu actionem a Jure civili tributam. Falsum est ergo ex illis verbis, *ipso Jure*, posse deduci pro legato tacito praestari actionem realem, hoc est reivindicationem, si legatum sit de re corporali, vindicationem, si de re incorporali sit.

Ceterum ut actio realis conceditur legatario aut fideicommissario, tanquam Dominis super re ipsa legata, aut fideicommissa; ita actio

actio hypothecaria tribuitur non quidem super re ipsa legata, & fideicommissa, sed super reliquis rebus a testatore ipsi heredi relictis, quæ tacite legatario, & fideicommissario censentur oppigneratæ ex beneficio Justiniani, *l.* 1. §. *rectius*, *C. commun. de legat.* ut recte docet Accursius in §. *nostra autem*, *v. hypothecariam*, *Institutionib. de legat.* & Bart. in *l.* 1. *C. communia de legat.* quamvis hic sibi contrarius oppositum doceat, credens hypothecariam super re etiam legata institui posse. Sed de hac quæstione an pignus in re propria consistere possit, late egimus in *tract. de pignor. & hypoth.* Demum actio personalis legatario, & fideicommissario conceditur adversus heredem ipsum, qui adeundo ex quasi contractu legatariis & fideicommissariis obligatur, *l.* 5. §. *heres*, *ff. de actionib.* De via executiva pro legato vide *Marin. 1. resolut.* 24. & 2. *resolut* 8.

De illo dubium esse potest, quod ait Justinian. in *d. l.* 1. §. *rectius*, *C. comm. de legat.* nempe, in legatis & fideicommissis in rem missionem penitus abolitam esse, quod videtur contra titulos, *ff. & C. ut in possessionem legatorum servandorum causa mittatur*. Sed pro ambiguitate removenda distinguendum est, ut pro legatis puris nulla detur missio in possessionem rei servandæ causa; at e contrario detur pro legatis in diem, vel sub conditione. Heres enim, adita hereditate, cogitur per Prætorem, ut stipulando satisdet legatariis, se post purificatam conditionem, vel post adventum diei legata soluturum; quod si heres jussus parere nolit, legatarius mittitur in possessionem rerum hereditatis, per quam tamen ei non tam possessio, quam custodia datur; itaut non expellat heredem, sed simul cum eo possideat, ut saltem tædio perpetuæ custodiæ extorqueat heredi cautionem, *l.* 5. *ff. cit. tit.* Imo ex constitutione D. Antonini, si heres contumax esse pergat, & non caveat intra sex menses connumerandos a die petitæ satisdationis, tum legatarius mittitur etiam in possessionem bonorum ipsius heredis, *l. certa*, *C. cit. tit.* Licitum tamen est testatori hanc cautionem heredi remittere, ut *ibid. l. scire*.

Hæc missio in possessionem in multis etiam aliis causis servatur, ut crediti servandi causa, *l.* 1. §. *nunc quærimus*, *ff. quibus ex causis in possessionem eatur*: judicati servandi causa, *l.* 2. *cum seq.*, *ff. qui potiores in pign.* dotis servandæ causa *l. officium*, *ff. de reivind. l. pen.* §. *item danda ff. de diver. & temporal. actionib.* & ventris nomine, vel damni infecti, *l. communi* 7. §. *item si duo*, *ff. comm. divid. l.* 1. *ff. quibus ex causis in possessionem eatur*.

DE FIDEICOMMISSIS.

Ex prohibita alienandi potestate ad l. filiusfam. 117. §. Divi 2. lib. 1.

HIc non de omni fideicommisso nobis sermo erit, sed tantum de eo, quod ex prohibitione alienandi oritur, cujus quidem tractatio difficillima est, & variis difficultatibus obvoluta. Egit de eo Martianus Jurisconsultus *lib.* 8. *Institutionum*, relatus hic in *d. l. filiusfam.* §. *Divi*; & illud generatim docet, prohibitionem alienandi, ut fideicommissum inducat, causam adjectam habere debere, vel respectum certæ personæ: quo tamen casu creditoribus, aut fisco non præjudicat. Quod si hæc desinit, pro nudo præcepto habebitur, nec intelligetur factum fideicommissum, & res alienari poterit. Verba autem Martiani ita se habent.

„ Divi Verus & Antoninus rescripserunt, „ eorum, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam „ id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, „ nullius esse momenti scripturam, quasi „ nudum præceptum reliquerint: quia talem „ legem testamento non possunt dicere. Quod si „ liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, „ aut aliis quibusdam personis consulentes, ejusmodi voluntatem significarent, servandam eam „ esse. Sed hæc neque creditoribus, neque fisco „ fraudi esse. Nam si heredis propter creditores „ testatoris bona venierunt, fortunam commu„nem fideicommissarii quoque sequuntur.

In duas partes principales textus dividitur. Prima est in principio textus. Secunda ibi: *Sed hæc*, & de singulis agendum est.

De priori parte, seu de prohibitione alienandi sine causa.

IN priori ergo habentur duo. I. prohibitionem alienandi testamento, aut codicillis scriptam non valere, si ea prohibitio fiat sine causa; veluti testator non potest simpliciter præcipere, ne fundus alienetur, quo casu nudum præceptum est, quod vim non habet, quia non apparet, neglecto illo præcepto, ad quem testator velit rem illam per-

tinere. II. Inde fieri, præceptum tunc solum valere, quoties concipitur vel in rem, veluti si fiat respectu familiæ: vel in personas certas, ut si fiat respectu liberorum, libertorum, heredum, aut cujuscunque alterius personæ, aut saltem ejus, qui vicem personæ gerit, veluti respectu Reipublicæ; ut si testator significet, velle se rem alienatam ad Rempublicam pertinere: ita etiam respectu fisci, *l. pater*, §. *fundum*, §. *quindecim*, *lib.* 3. *l.* 1. *C. debitorem venditionem pignoris impedire non posse*.

Quod attinet ad primum dictum hujus prioris partis, multa similia in Jure nostro habemus. Nam Scævola in *d. l. pater*, §. *Julius*, proponit patrem suo testamento cavisse, ne ullo modo heres prædia quædam pigneraret, aut ullo modo alienaret; & respondet, cum hoc nudum præceptum esset, nihil proponi contra voluntatem defuncti factum, si prædia ad extraneum heredem perveniant. Idipsum habetur in *l. Lucius*, *in princ. lib.* 3.

Imo in eadem *l. pater*, §. *pater*, fortior casus habetur; nam pater filios heredes scribens, cavit, ne ulla ex causa alienarent prædia, sed servarent successioni suæ, & adjecit, ut de eo filii inter se caverent. Quæsitum est, an videantur illa prædia relicta per fideicommissum: Scævola ait, de fideicommisso nihil ostendi, quasi nudum præceptum factum sit. Cujacius hic notat, ideo non induci fideicommissum, quia testator non habuit rationem certæ personæ, sed incertæ, id est successionis; incertum enim est, quis sit successurus, *l. sciendum*, *ff. de verb. signific. l. qui liberis*, §. *hæc verba*, *ff. de vulgari*. Sed in *d.* §. *pater* rectius ait, ideo prædia non videri per fideicommissum relicta, quia filios sibi invicem caveri jussit. Ex cautione igitur non ex fideicommisso voluit teneri, ex *l. Ballista*, *ff. ad Trebell.* Discrimen inter utrumque casum esse ait, quia cautio recipit incrementum fructuum, fideicommissum non recipit. Itaque si testator tantum dixisset, ne alienent, sed reservent successioni meæ, utique fideicommissum induxisset, sicuti est, cum dicit, *Reservent familiæ*. Sed quia huic dispositioni non acquievit, ut acquiescunt, qui fideicommittere volunt, sed addidit, ut de ea re filii inter se caverent, dicitur non habuisse animum fideicommittendi, sed omnino voluisse, ut alienandi prohibitio a cautione penderet.

Ita quoque apud Papin. in *l. Titio centum*, *in princ. ff. de condit. & demonstr.* pro nudo præcepto habetur, si testator dicat, Titio centum, itaut fundum emat, do lego; propterea Titius fundum emere non cogitur, quia ad ipsum duntaxat emolumentum legati rediret.

Non longe abit ab his, si ponas prohibitionem alienandi sub conditione, exempli gratia, Titius heres esto, si servum hereditarium non alienaverit. Quippe eo casu sub impossibili conditione heres institutus videtur, ut dicitur in *l.* 4. §. *ult. ff. de conditionib. instit*.

At e contrario multa hic opponuntur, quibus breviter satisfaciendum est. Opponunt primo, ex verbis XII. tabularum plenam testatori potestatem disponendi concessam esse, *l. verbis legis*, *ff. de verbor. signif.* §. *dispenat*, *Auth. de nuptiis*; quæ potestas homini libero sine injuria tolli non potest, *l.* 1. *C. de Sacrosf. Eccles.* quocirca sicuti legata, ita & fideicommissa licebit sine causa facere; cum hæc omnia ab una potestate disponendi dependeant.

Respondemus tamen, e legibus decemviralibus quatuor tantum testatori esse concessa, heredes instituere, legare, libertates dare, & tandem tutelas constituere. De fideicommissis autem nihil ibi statutum esse, ut quæ, sicut diximus, multo post tempore vim habere cœperunt ex Augusti constitutione, qui gratia personarum motus auctoritatem suam interponere cœpit, ut dicitur in §. *postea Divus*, *Institutionib. de fideicom. heredit.* Unde fit, ut hac gratia cessante, fideicommissum non valeat. Et ratio est, quia, ut dictum est, neglecto illo non alienandi præcepto, ad quem testator velit rem illam pertinere, non apparet, ut Cujacius hic ait.

Et hinc intelligi potest ratio verborum nostri textus, cum ait: *Quia talem legem testamento non possunt dicere*; quamvis enim testator in testamento leges privatas condat, id tamen verum est intra terminos illi a legibus publicis præscriptos: quæ publicæ leges in nostro proposito duæ tantum sunt; vel XII. tabularum, & hæ nihil de fideicommisso habent; vel Augusti, & iste voluit, tunc fideicommissa robur habere, cum gratia personarum fiunt, sive cum causam adnexam habent. Quæ cum in casu nostro non adsit, recte dicitur,

citur, testatores talem legem testamento dicere non posse; quamvis aliter hæc verba explicet Jason, aliter Bolognetus.

Opponunt secundo Ulpian. in *l. generale*, §. *si petitum*, *ff. de fideicomm. libertatib.* ubi si testator jussit, ne heres Stichum alienet, neve vendat, ea mente, ut consuleret soli heredi, valet Jussum. Et tamen favor solius heredis non est, nisi præceptum nudum; cum textus noster ad præceptum legitimum exigat, ut favor sit aliarum personarum, quam heredis gravati, scilicet vel coheredum, vel posterorum, & similiter in aliis, alioqui nullum esset præceptum nudum; semper enim in prohibitione alienandi posset dici consultum ei, cui prohibitio fit. Hæc oppositio multum torsit Bartolum, qui tandem inevitabilem esse concludit.

Facile tamen responsio patebit, si animadvertamus agere in eo textu Ulpianum de conjecturis, unde ex verbis testamento adscriptis conjici possit voluntas testatoris conferendi libertatem servis. Inter alias, proponit istam, si ita testator scripsit, *Ne eum alienes neve vendas*. Et ait Ulpianus, verba ambigua esse, & recurri debere ad animum testatoris; potest enim fieri, ut ea hoc animo a testatore fuerint adscripta, quod voluerit servum ad libertatem perduci. Postea addit: *Ceterum si alia mente id scripserit, ut puta, quia consuluit* (in Pandectis Florentinis legitur, *consilium dabat*) *heredi retinere talem servum, vel quia coercere voluit servum, & cruciare, ne meliorem Dominum experiatur, vel alia mente, non tribuendæ libertatis animo, dicendum est cessare libertatis præstationem*. Ex quibus satis apparet, Ulpianum nihil concludere aliud, quam ex prohibitione alienandi non argui præstationem libertatis, si testator id fecit animo consulendi heredi, vel animo coercendi servum. At non ex hoc colligi potest, quod DD. volunt, eam prohibitionem alienandi tanquam nudum præceptum valere, & heredem ad eam observandam cogi; neque hoc Ulpianus dicit: quamvis alioqui verum sit, servi alienationem interdum posse prohiberi, si adsit coheres, cui Mutiana stipulatione de non alienando caveatur, ut in casu *l. 4. §. 1. ff. de conditionibus institut.*

Opponunt III. ex eodem Ulpiano in *l. 9. §. ult. ff. de manum. testament.* ubi habetur, constitutum esse, vetitum in testamento ad libertatem perduci, non posse manumitti. Quod utique nudum præceptum est.

Sed dicimus, hic nihil ab Ulpiano proponi de prohibita alienatione servorum, sed tantum de manumissione, quæ ex speciali ratione prohiberi poterat. Scilicet ob delictum servi, cujus causa etiam a Præfecto, vel a Præside prohibebantur servi manumitti, ut dicitur in *l. servus hac lege*, *ff. de manumissionibus*. Quocirca nil mirum, si permissum est testatoribus, & venditoribus prohibere servi manumissionem, *d. l. servus*: nec propterea inde ullum inducitur fideicommissum, cum licitum sit heredi, vel emtori talem servum alienare, modò alienet sub eadem lege ne manumittatur.

Opponunt IV. rescriptum Alexan. in *l. 2. C. de usucapione pro emtore*, ubi pater potest præcipere in testamento, filio pupillo servos propter perfectæ artis peritiam servari: quod si accidat a tutoribus vendi, usucapi non possunt.

Recte tamen monet Bartolus, hæc procedere favore pupillorum, quorum bona servari Reipublicæ expedit. Quare notabimus, ante Imperatorem Constantinum non licuisse tutoribus mancipia rustica pupillorum vendere: deinde Constantinum hoc ipsum cavisse de mancipiis Urbanis, ut constat ex *l. lex quæ*, *C. de administratione tutorum*, ubi cum in §. *servi etiam*, dicatur servos, qui aliqua sunt arte præditi, operas suas commodo pupilli, & minoris inferre debere, utique producitur, seu ampliatur rescriptum *Alex.* in *d. l. 2.* cum jubet, posse servos propter artis peritiam prohiberi a pupillo vendi. Quod rescriptum hodie propter novam Constantini legem necessarium non est; quippe ipso Jure hæc venditio prohibetur sine ulla testatoris prohibitione.

Aliis objectionibus, quæ facile solvi possunt, omissis, petes, utrum hodie saltem ex exæquatione Justinianea possit dici, ut sicuti legatum valet sine causa, ita etiam valeat fideicommissum. Quæ tamen petitio supponit prohibitionem simplicem alienandi sine causa adjecta esse fideicommissum, quod nullo modo concedi potest; quare inanis omnino petitio est.

Quod attinet ad alterum dictum prioris partis nostri textus, consequenter ad supra recitata, in eo statuitur, prohibitionem alienationis tunc valere, & fideicommissum induci, cum fit respectu certæ personæ, vel fa-

 miliæ,

miliæ, aut similiter, veluti, Rogo heredem meum, ne alienet extra familiam. Quò casu maxima difficultas est, an heres extraneum heredem instituendo, videatur contra fideicommissum facere? Ex una enim parte urget alienandi verbum, quod ad solos actus inter vivos pertinet: ex altera voluntas testatoris, qui voluisse videtur bona in familia perpetuo manere.

Et Doctores hic post Accurs. Bart. aliosque communiter docent, censeri extranei heredis institutionem prohibitam; quod tamen negant nonnulli cum Angelo apud Cottam in *memorabil. v. alienatio*, quos sequitur Faber 14. *conject. 6. & seqq.*

Probatur opinio Accursii. I. ex *l. peto §. fratre, lib. 2.* ubi quidam fratre herede instituto petiit, ne domus alienaretur, sed ut in familia relinqueretur: ait Jurisconsultus heredem intelligi non paruisse voluntati defuncti, tam si domum alienaverit, quam si extero herede instituto decesserit; quare concludit, omnes fideicommissum petere, qui in familia sunt. Ubi Cujacius etiam notat, prohibita alienatione, videri etiam prohibitam institutionem heredis extranei.

II. Probatur ex *l. pater, §. fundum, lib. 3.* ubi filius, cui prohibita fuerat alienatio fundi, quoad filius vixisset, ne fundus de nomine testatoris exiret, condito testamento extraneum heredem instituit. Respondet Scævola, filium potuisse extraneum heredem habere, quia ei filio fuerat alienatio prohibita non semper, sed ad tempus vitæ, vel quoad vixerit. Unde colligitur, quod si alienatio de nomine testatoris fuisset non ad tempus prohibita, sed simpliciter, intelligeretur etiam prohibita heredis extranei institutio. Concordat textus in *ead. l. pater, §. Julius*, in *l. unum, §. sed etsi, ff. de testamentis*.

Verior tamen est sententia Fabri, qui duos casus hac in re distinguit. Prior est, si prohibitioni alienandi extra familiam addita sint verba fideicommissi, veluti rogo, ut bona conserventur, vel relinquantur in familia, aut nunquam exeant de nomine meo, & similiter. Et hoc casu, quia aperta est voluntas testatoris prohibentis, non solum alienationem, sed omnem actum, qui bona extra familiam transferat, inde fit heredem extraneum institui non posse. Posterior est, si non sint adjecta verba fideicommissi, sed fideicommissum deducatur ex mente testatoris, qui solum dixit, *Se prohibere alienationem extra familiam*; & tunc, quia heredis cujuscunque institutio non est translatio dominii, sed continuatio, & per consequens alienatio non est, propterea non erit heredis extranei institutio prohibita.

Desumta est hæc distinctio ex Papin. in *l. qui solidum, §. prædium, lib. 2.* ubi proponitur, patrem prohibuisse prædium alienari de familia liberorum verbis fideicommissi, & dicitur a filio heredem extraneum institui non posse; nisi forte, ceteris filiis vita functis, novissimus sine liberis decedat. Et notandum ideo, quibusdam de familia superstitibus, non posse extraneum heredem institui, quia testator non solum prohibuerat alienationem extra familiam, sed etiam, ut ait textus, verbis fideicommissi usus fuerat, scilicet addendo, ut in familia & in suo nomine permaneat. Quare cum solum dictum est, ne alienet extra familiam, quia hæc verba fideicommissi non sunt, licite heres extraneus instituetur.

Ex quibus facillime resolvuntur in contrarium opposita; nam in textu in *d. l. peto, §. fratre, lib. 2.* verum est denegari heredis extranei institutionem, sed notandum est fideicommissum fuisse factum verbis fideicommissi: petiit enim Pater non solum, ne domus alienaretur, sed etiam ut in familia relinqueretur: quæ ultima verba fideicommissi sunt, & verbum relinquendi ad ultimas voluntates pertinet. Eodem modo in *d. l. pater, §. fundum lib. 3.* non fuit sola prohibitio alienandi, sed usus fuit testator verbis fideicommissi, ut patet ibi: *Ita enim fiet, ut fundus Titianus de nomine meo nunquam exeat*, ubi articulus ille temporis *nunquam*, maxime urget. Atque ita in ceteris legibus, quæ opponuntur, discurrendum est, ut latius apud *cit. Fab.* videre est.

Colligitur hinc, quod si prohibitio alienandi facta sit verbis fideicommissi, & gravatus decedat ab intestato, & legitimus heres non sit de familia fideicommittentis, ei successio denegabitur, admissis iis, qui de familia sunt: veluti si mulier decedat, relicta pro legitimo herede filia, quæ extra nomen fideicommittentis sit. Ita *Faber* 14 *conject.* 12. Et ratio est, quia licet defunctus nihil fecerit contra voluntatem testatoris, tamen ab herede illo extra familiam fraus fieret verbis & menti ipsius, qui apertis verbis jussit sua

bona

bona in familia perseverare, nunquam egredi de nomine suo.

Idipsum patet ex *l.pen.§.matre, lib.2.* quippe testator uxori heredi institutæ prohibuit, ne quid post mortem suam fratribus suis relinqueret, & addidit: *Habes filias sororum tuarum, quibus relinquas.* Deinde uxor intestata decessit. Ait Scævola posse defendi fideicommissum deberi filiis sororum, excluso fratre legitimo herede. Ergo heres ab intestato non præjudicat fideicommisso aliquibus relicto. Neque enim quidquam interest, utrum fideicommissum certis personis relictum sit, an vero familiæ; nam hæc duo æquiparantur in nostro §. *Divi.*

Accursius tamen, Bartolus, aliique in contraria sunt sententia, docentes heredem extraneum ab intestato excludere alios de familia, quamvis fideicommissum expresse relictum sit, ne bona egrediantur de familia. Et moventur ex *l.cum pater, §.cum inter, lib.2.* in quo textu patronus legavit prædium libertis, ita, *Ut de nomine familiæ non exiret.* Inter istos libertos erat liberta. Quæritur, an filius libertæ, si heres matri extiterit, partem ejus retineat? & respondet Papinianus, retinere. Sed filius non est de nomine patris, eique heres extraneus est; quocirca heres extraneus ab intestato succedet, nihil obstante fideicommisso familiæ relicto.

Varie ad hanc difficultatem respondent DD. Sed antecedenter animadvertendum est, textum nihil exprimere de successione ab intestato, sed generatim dicere, filium matri libertæ succedere, non obstante familiari fideicommisso; quare est opus textum generaliter de quacunque successione accipere. Cujacius itaque hic notat, non prohiberi in specie, *d.§.cum inter*, generaliter, & infinitum, ne fundus exeat de familia, sed ne exeat de familia, & corpore libertorum. Quod præceptum strictius accipitur; propterea libertorum nemo partem suam alienare potest: aut si alienet, ceteri vocantur. At non inde fieri, ut illorum quisque suis heredibus suam partem relinquere non possit, licet heredes sint extranei. Quod videtur confirmari ex *l.pater, l.quindecim, lib.3.* ubi fideicommissum injunctum libertis non excludit heredis extranei institutionem.

Aliter respondet Salycetus, quem sequitur Faber; docent enim, in supradicta specie particularem adfuisse conjecturam voluntatis patroni, ex qua motus sit Papinianus, ut diceret, fideicommissum respectu filii libertæ non consistere. Conjectura est, quia patronus libertam ad hujusmodi familiare fideicommissum admisit; quæ liberta, licet de familia sit, tamen familiam conservare nequit, *l.pronunciatio cum seq. ff.de verb.sign.* Hinc quia, eo non obstante, patronus libertam admisit, non videtur ejus voluntas fuisse, ut filium libertæ excluderet; & proinde fideicommissum in libertis consistit, at non in liberta; opus enim fuisset, ut patronus expressius suam voluntatem declarasset respectu libertæ, dicendo velle se, portionem quoque ejus in familia relinqui. Hinc Bald. in *l. ea lege, C. de condictione ob causam*, singulariter docet, posse matrem alienare in filium, si prohibita sit, ne alienet extra familiam.

De posteriori parte, seu ne fideicommissum fraudi creditoribus sit, vel fisco.

PRimo loco habetur, fideicommissum non esse fraudi creditoribus; quippe non obstante alienationis prohibitione, heres potest ultro bona alienare pro ære defuncti dissolvendo, si aliter non possit, *l. pater, §. 1. lib. 3.* nec propterea dicetur heres in fraudem fideicommissi fecisse, quia alienatio non est voluntaria, quæ solum intelligitur prohibita, sed necessario facta ob æs alienum defuncti. Quod si heres ultro non alienet, licitum sit creditoribus, ut ipsi bona vendant ex edicto Prætoris, sed ea vendunt heredis, non defuncti nomine, *§. 1. de heredum qualitate, & differentia.*

Addit textus noster in fine: *Nam si heredis propter creditores testatoris bona venierint, fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur.* Quæ verba difficultatem habent; nam si ita accipiantur, ut jacent. Primo fieri non potest, ut propter creditores heredis vendantur bona testatoris, quod tantundem est, ac si dicatur vendi bona testatoris nomine; quod falsum adeo est, ut ipsius testatoris bona nomine heredis vendantur. Secundo, propter creditores heredis facta alienatione bonorum, verum quidem est cessare interim fideicommissi petitione; eo tamen herede mortuo, peti a fideicommissariis poterit, *l. peto, §. prædium, lib. 2.* ubi Azo, & alii communiter.

Ad difficultatem evitandam varie DD. textum emendant. Sed dicendum, ordinem verborum

borum esse: *Si heredis bona venierunt propter creditores testatoris*. Quod confirmatur ex Pandectis Florentinis, ubi legitur: *Nam si heredis bona propter testatoris creditores venirent*. Quod tamen variis modis explicatur; alii enim putant id dici, quia tenetur heres ultra vires hereditarias, hoc est, etiam de suo creditoribus defuncti facere satis, *l. quæ dotis, ff. sol. matrim.* quod hodie verum est, si heres inventarium omittat, *l. ult. C. de Jure delib.* Alii vero docent, hic *bona heredis* dici venire, non quidem heredis propria, seu quæ ipse ante aditam hereditatem habebat, sed ea, quæ adeundo acquisivit; quippe bona testatoris per aditionem intelliguntur facta heredis propria, ut propterea nomine etiam heredis vendantur, *d. §. 1. de hered. qualitate, & different.*

Quod attinet ad illa alia verba textus, *Fortunam communem fideicommissarii quoque sequuntur*, Accursius putat, fortunam esse quoque communem cum legatariis; quandoquidem legata solvuntur deducto ære alieno, & eo quod æris alieni loco est, *l. 8. §. ult. cum l. seq. l. in ratione, per totam, ff. ad l. Falc.* Posset etiam dici communem fortunam esse cum ipso herede, qui ob æs alienum defuncti non minus damno afficitur, quam legatarii, & fideicommissarii afficiantur.

Ait tandem Martianus hic, fideicommissum non esse fraudi, non solum creditoribus, sed nec fisco. Opinatur Accurs. fisci mentionem factam majoris explicationis gratia, cum fiscus hic intelligatur, quando est unus ex creditoribus hereditariis. Quæ sententia recipi non potest, quandoquidem Martianus ait, *Neque creditoribus, neque fisco*; quocirca de fisco hic mentio non fit, tanquam de creditore; alioqui Jurisconsultus sine causa redundaret.

Alii sic accipiunt, fisco scilicet vindicante bona quasi publicata ex delicto. Sed neque id probari potest; nam si ponas bona publicata ex delicto testatoris, totum testamentum irritum est, *l. 6. §. irritum, ff. de injusto rupto*; testamento toto irrito, ineptum esset disputare de parte, veluti de prohibitione alienationis. Quod si ponas, bona publicata ex delicto heredis, id non nocet fideicommissariis, maxime petentibus post obitum heredis, hi enim evincent a fisco, *d. l. peto, §. prædium, & cum pater, §. hereditatem, lib. 2. l. Statius in fine, ff. de Jure fisci*.

Putat Cujacius hic, fisci mentionem fieri ex Jure antiquo; nam olim fiscus ex omnibus hereditatibus vicesimam capiebat ex *l. Julia*; excepto eo casu, quo filii, vel parentes essent instituti, qui assem illibatum accipiebant, de qua fisci portione mentio fit in *l. ult. in princ. C. de edicto D. Hadriani.* & loquitur Plinius in *Panegyr. ad Trajan.* Pancirolus ad *notitiam Imperii Orientis cap. 74. p. 122. v. Procuratores vicesimæ*. Fideicommissum itaque non præjudicabat fisco, in quantum ad vicesimam, quia habebatur tanquam vectigal necessarium, ut ait Paulus 4. *sent. tit. de vicesima*. Concludit ergo Cujacius, hic fisci mentionem esse relictam a Triboniano per incuriam.

De fideicommisso familiari, puro, & conditionali.

HÆc pro explanatione nostri textus sint satis. Sed antequam ulterius progrediamur, operæ pretium duxi animadvertere, fideicommissum familiare esse duplex. Prius est purum, & est, quando testator directe familiæ relinquit, nullo modo respiciendo manum heredis; veluti bona familiæ relinquo, familiam substituo, & similiter; & purum erit, tam si in perpetuum relictum sit, quam si secus, sive verba geminentur, sive non, *l. cum ita*, alias *l. omnia*, *§ in fideicommisso lib. 2. l. ult. C. de verbor. signif.* Dicitur etiam multiplex, & graduale; illud, quia tot censentur fideicommissa, quot personæ: istud, quia de gradu in grandum defertur in infinitum, quousque scilicet familia extet.

Posterius est conditionale, & est, cum testator iis utitur verbis, quibus directe manus heredis ostenditur, veluti, ne extra familiam alienetur, ne de nomine meo egrediatur, conservetur, remaneat in familia. Et censebitur conditionale, etiamsi in infinitum concipiatur, etsi verba geminentur, *Nov. 159. tit. de restit. fideicomm.* Ita explicat Fab. 14. *conject.* 15. quamvis Doctores communiter cum Bartolo, & Aretino in *l. qui Romæ*, *§. cohæredes, ff. de verb. obligat.* velint fideicommissum purum esse, si verba tractum perpetuum denotent, vel geminationem per modum caussæ contineant, verbi gratia, non alienetur extra familiam, sed in familia permaneat; vel, quia volo in familia conservari. Quod si tantummodo dictum sit, ne alienetur extra familiam, vel non exeat de nomine meo, quamvis

vis deinde adjiciatur, ut in familia conservetur, fideicommissum erit conditionale. Quæ regulæ intricatæ nimis sunt, & facile rejiciuntur ex *l. peto*, §. *fratre*, *lib.* 2. & ex nostro textu, §. *cum pater*, in quibus non obstante prædicta geminatione fideicommissum est conditionale.

Inter utrumque fideicommissum multum interest. I. Ad fideicommissum purum familiæ relictum primo admittuntur nominati: his deficientibus admittuntur, qui ex eadem familia & gente fuerunt mortis tempore, ut quisque proximior fuerit; nam & hic gradus proximior excludit remotiorem. Scilicet, nisi testator nominatim remotiorem aliquem in gradu proximiori prætulerit. Sic statuitur in *l. cum ita*, alias in *l. omnia*, §. *in fideicommisso lib.* 2. in quo textu sermo est expresse de fideicommisso familiæ relicto; quare perperam a Cujacio accipitur de fideicommisso, in quo testator petiit ab herede, ne alienaret extra familiam, quod esset fideicommissum non purum, sed conditionale. Itaque juxta communem interpretationem species ita ponenda est. Testator ad fundum hereditarium mortuo herede vocavit Titium, & Cajum, & deinde alios ex eadem familia. Huc quoque spectant textus in *l. pronunciatio*, §. *familiæ*, *ff. de verbor signif.* & in *l. ult. C. cit. tit.* Fab. in *C. de fideicomm. definit.* 10. DD. apud Covarr. 38. *pract.*

Notandum est, quod in *d.* §. *in fideicommisso* dicitur, ad fideicommissum vocari eos, qui ex eadem familia fuerint mortis tempore. Non spectatur ergo testamenti conditi tempus: quamobrem qui post testamentum conditum vivo testatore in eam familiam venerunt, puta per arrogationem, vocantur & invitantur ad fideicommissum, licet testamenti tempore in ea familia non fuerint. Secus est in cognatis; nam si cognatis, vel cognationi, quod idem est, quidpiam fuerit relictum, & sit cognatio exempli gratia civilis, orta per adoptionem, vocantur tam qui fuerunt testamenti tempore, licet mortis tempore desierint esse, quam qui testamenti tempore cognati non fuerunt, sed mortis tempore per adoptionem tales facti sunt, *l. si cognatis*, *ff. de reb. dubiis*. Discriminis ratio est ex Cujacio, quia in familia meritorum, & nominis ratio habetur, in cognatis vero pietatis; & proinde fit in istis benignior interpretatio.

Quod attinet ad fideicommissum conditionale, potest gravatus ordinem graduum pervertere, & in ejus arbitrio est utrum unum, an plures velit eligere; quandoquidem satis est servare conditionem non alienandi extra familiam. Quod si accidat extra familiam distrahi, tunc ad fideicommissum vocantur servato ordine graduum, ut propinquior remotiorem excludat. Ita Doctores ex nostra *l. filiusfam.* §. *cum pater*, ubi pater filio fideicommisit, ne fundum alienaret, sed ut in familia relinqueret: & dicitur filio licitum esse totum fundum uni ex nepotibus testatoris relinquere, vel omnibus ex partibus inæqualibus. Sed si extraneo relinquat, omnes, qui in eodem gradu sunt, petere posse. Concordat textus in *l. unum ex familia*, §. 1. in *l. cum pater*, §. *libertis*, & in *l. peto*, §. *fratre*, *lib.* 2.

II. Si fideicommissum purum sit, favore familiæ, & accidat gravatum extra familiam alienare, remanet adhuc res ipsa fideicommisso subjecta, si scilicet adsit aliquis de familia, cui integrum est rem alienatam ab extraneo possessore vindicare. Secus sese habet in conditionali fideicommisso; nam facta alienatione extra familiam, res vindicari nequit ab iis, qui de familia sunt, quibus solum licitum est agere contra gravatum, qui alienavit. Ita Bart. Alex. & alii apud Fusarium *de substitutionibus qu.* 352. *n.* 48. Fab. 14. *conject.* 14.

III. In fideicommisso puro, si gravatus, qui vendere velit, offerat singulis de familia, ut emant, qui tamen emere recusent; non propterea jus ipse gravatus acquirit vendendi extero; non enim cogi ad emendum possunt, quibus testator jussit gratis dari, argumento ex *l. servo legato*, §. 1. *lib.* 1. *l. peto*, §. *fratre*, *lib.* 2. *l. ult. C. communia de legatis*, ut post Bart. & alios Faber *loc. cit. cap.* 15. Non ita est de fideicommisso conditionali; quippe ei, qui prohibitus est extra familiam alienare, censetur concessum alienare in familia; propterea si nullus de familia emere velit, licite extero alienatur; nam censetur adimpleta conditio alienandi in familia, cum per gravatum non stetit, quin adimpleretur, argumento ex *l. Jure civili*, *ff. de conditionib. & demonstrationib. l. Labeo*, *ff. de contrah. emt. l. qui Romæ*, §. *coherede*, *ff. de verbor. obligat.*

IV. Fideicommissum purum non ullo coarctatur

ſtatur gradu, ſed durat, donec quis de familia extet; cum e diverſo conditionale fideicommiſſum ultra quartum gradum non porrigatur, *Novell. 159. de reſtit. fideicomm.*

COROLLARIA.

EX noſtro textu ita explicato plures quæſtiones quam facillime reſolvuntur, quas propterea nos in ſequentibus Corollariis deducemus.

I. Colligitur, pœnam prohibitioni alienandi adjectam, nihil operari, tam ſi pœna ſit extrinſeca, veluti ne alienet ſub pœna aureorum centum, quam ſi intrinſeca ſit, ſive rei ipſius, ut ſi alienet, a dominio fundi cadat. Et ratio eſt, quia adhuc prohibitio nudum præceptum eſt; unde fit, gravatum alienando, non eſſe contumacem, nec pœna teneri.

Alii tamen apud Marian. Socc. hic, id quidem in pœna intrinſeca verum eſſe fatentur, ſecus vero in extrinſeca, quos ſequitur Bologn. hic *num.* 49. itaut ſi teſtator pœnam adjecerit in gratiam certæ perſonæ iſta queat ad pœnam agere; alioqui aget heres, ſi legatarius ſit prohibitus: vel coheres, ſi prohibitio alteri heredum facta ſit. Quod ſi unus heres exiſtat, quidam putant agere fiſcum; quod Socinus negat, quia fiſcus ad pœnam tantum delictis debitam venit; quare ait, dici poſſe admitti legitimos heredes.

Et moventur ex eo, quia licet alteri ſtipulari non poſſimus, ſi tamen pœna adjiciatur, veluti ſi pro Titio Romam non iveris, promittis mihi pœnæ nomine centum, ſtipulatio redditur utilis ex eo, quod ad pœnam agi poteſt, §. *alteri*, *Inſtitutionib. de inutilibus ſtipulationibus*. Id tamen minime urget, quia a contractibus ad ultimas voluntates non recte argumentum ducitur, ut patet ex eo, quod prohibitio alienandi in contractu facta etiam ſine cauſa valet, *l. ult. C. de reb. alienis*, *l. ult.* C. *de pactis inter emtorem*, §. *ult. auth. ut ſponſalium largitas*; at facta in ultima voluntate nullius eſt momenti, ut diximus. Quare nil mirum, ſi adjectio pœnæ in teſtamento non operetur, quamvis vim habeat in ſtipulatione; alioqui noſtro textui facile fraus fieret. Ratio diſcriminis eſt, quia in ſtipulationibus actio acquiritur ipſi ſtipulanti, heredibuſque ipſius, ſi res alienetur, quod non eſt in teſtamento.

II. Colligitur, prohibitionem alienandi ſub conditione factam, veluti, ſi navis ex Aſia venerit, fundus ne alienetur, non ſuſtineri; quoniam adveniente conditione actus remanet purus, & prohibitio nudum præceptum; & quidem actus puri, & purificati eadem virtus eſt, argumento ex *l ult.* §. 1. *ff. de vulg. l ſi a reo*, §. *ſub diverſis*, *ff. de fidejuſſorib. l. ſi pupillus*, *in fine*, *ff. de conditionibus inſtit.* Ita Crotus, & Marian. Socc. hic *num.* 108. quamvis e diverſo in contractibus ſtipulatio ſub conditione valeat, ut ſi Titius a me decem petierit, tot dare ſpondes? *l. a Titio ff. de verbor. oblig.*

In ambiguo eſt, quid dici debeat, ſi ipſa alienandi prohibitio in conditione ſit, veluti, Do lego Titio fundum, ſi eum non alienaverit.

Verius eſt, hic nullum ſubintelligi fideicommiſſum, quia conditio de natura ſua illud ſolum operatur, ut ſuſpendat actum, nec ullo modo diſponit; quare fieri non poteſt, ut fideicommiſſum inducat. Adde, neque hic favorem certæ perſonæ inſpici. Eſt tamen conditio implenda, & legatarius heredi cavere debet, ſe impleturum conditionem: quod ſi heres prohibitus ſit, cavebit coheredi. At ſi ſolus heres ſit, conditio cenſetur impoſſibilis, quia nullus eſt, cui caveri poſſit, *l.* 4. §. 1. *ff. de conditionibus inſtitut. l. Mutiana, circa finem*, *ff. de conditionibus*, *& demonſtrationibus*.

III. Colligitur, ſi quid in teſtamento ſcribatur, quod ſola nitatur auctoritate ſcribentis, ſeu teſtatoris, nec ad alterius commodum pertineat, nullam obligationem parere, utpote quod nudum præceptum eſt. Exempla ſunt apud Pomponium in *l. Q. Mutius*, *ff. de annuis legatis*. Primum exemplum eſt, ſi Cajum ſolum heredem inſtitui, & juſſi, ut monumentum mihi certa pecunia faceret, ex ea ſcriptura non obligatur heres, cum non ſit cui obligetur, aut cui actio contra heredem danda ſit; actio enim non datur ulla cuiquam, niſi ei, cujus intereſt, *l. qui fundum*, *ff. locati*, *l. ſi procuratorem* 8. §. *mandatum*, *ff. mandati*. Itaque ſi auctoritatem teſtantis heres obſervare velit, & eidem præbere fidum obſequium, utique faciet monumentum: ſed ſi obſequi nolit, cogi non poteſt, dicetur tamen impie feciſſe.

Hæc vera ſunt, Cajo ex aſſe here inſtituto; nam ſi heredi, quem de monumento rogavi, coheredem adjecero, coheres cum illo agere poteſt, familiæ erciſcundæ judicio. Quod

si utrique heredes jussi sint hoc facere, invicem actionem habebunt, *d. l. Qu. Mutius*; quin post divisionem quoque hereditatis eadem de re unus cum altero præscriptis verbis agere potest, ut expresse habetur in *l. his consequenter*, §. *sed & eum*, *ff. fam. ercisc.* ubi horum omnium ratio redditur, illis verbis: *Quia heredum interest, quos Jus monumenti sequitur*.

Secundum exemplum, quando scriptura testamenti obligationem non parit, cum solam scribentis auctoritatem respiciat, est, si testator jusserit in municipio statuas, vel imagines suas poni, idque gloriæ, vel memoriæ causa; hoc casu heres non obligatur, quia nullius interest id fieri, seu nullus est, qui agat pro defuncto, cuique agere pro defuncto expediat. Verum si testator fieri id jussit, honoris vel ornatus municipii causa, utique scriptura obligationem pariet, quia interest Civitatis honorem sibi delatum exhiberi, *l. Civitatibus*, *lib.* 1.

Quod attinet ad prædictum exemplum monumenti, videtur obstare Papinianus in *l. hereditas etiam*, §. *primo*, *ff. de petitione hereditatis*, ubi pro observanda conditione monumenti extruendi heres, etsi ex asse institutus, cogitur, & generatim dicitur: *Quia voluntas defuncti vel in hoc servanda est*.

Dicendum tamen est, Papinianum nihil contradicere Pomponio; iste enim docet nulli contra heredem actionem concedi; neque id negat Papinianus, ut qui in fine ait, stricto Jure nulla teneri actione heredem ad monumentum faciendum. Subjicit tamen id, quod Pomponius omisit, nempe Principali, vel Pontificali auctoritate compelli ad obsequium supremæ voluntatis. Ideo scilicet Pontificali, quia monumentum ad religionem pertinet, *l.* 8. *ff. de relig. l. ult. ff. de mortuo inferendo*. Ideo autem Principali, quia Princeps erat Pontifex Maximus; unde res dedicata a Principe, vel ab eo, cui ipse dedicandi dedit potestatem, fiebat sacra, *l. sacra*, *ff. de acq. rer. dom.* Princeps potest facere gratiam Jurisjurandi, *l. fin. ff. ad municip.* Cadaver Jussu Principis de loco in locum transfertur, *l. ossa*, *in princip. ff. de relig.* Vide Gonzalez ad *cap.* 1. *de Jurejur. num.* 12. Ex quo apparet, falli vulgo DD. qui pro Principali auctoritate intelligunt Judicis officium. Hodie id ad Episcopum pertineret ex *l. nulli liceat*, *C. de Episc. & Cleric. & Tridens. sess.* 22. *cap.* 8. *& seq.*

De Legatariis conjunctis, & Jure accrescendi, & uter in eo præferatur, ad l. re conjuncti 87. lib. 3.

DEsumta est lex ista ex Paulo ad *l. Juliam, & Papiam lib.* 6. Cum enim ob civilia bella suscepta inter Pompejum, & Cæsarem, inter Antonium, & Lepidum, & Brutos, esset exhaustum pecunia ærarium, & urbs civibus, lata est lex Papia caducaria tempore senioris Augusti, qua statuebatur, ut legata caduca, & hereditates caducæ, vel quæ essent in causa caduci, fisco acquirerentur, Tacitus 3. *annal.* In causa caduci sunt, quæ deficiunt vivo testatore post testamentum, ut puta si legatarius vel heres vivo testatore decedat, aut conditione excludatur. Caduca, quæ post mortem testatoris deficiunt, veluti si conditio hereditatis, aut legati defecerit, quia ejus dies non cessit; vel si hereditas, aut legatum relictum fuerit cœlibi, vel Latino Juniano, & is intra diem centesimum, id est, intra diem cretionis & aditionis a morte testatoris uxorem non duxerit, aut Latinus Jus Quiritium consecutus non sit, Ulpian. in *lib. regul. tit.* 17. *de caducis*. Tanta enim tempore latæ legis Papiæ Poppeæ fuit penuria civium Romanorum, ut ipsi Consules Papius & Poppeus cœlibes & orbi essent, non inventis uxoribus, quod observat Dio *lib.* 56. Et dicebantur caduca, quia ex lege Papia cadebant in fiscum; parcebat tamen solis parentibus, & liberis testatoris, usque ad tertium gradum, si scripti fuerunt heredes, *l. un.* §. *& cum triplici*, §. *& cum lex*, *C. de caduc. toll.* Huic legi veluti appendix additum est Senatusconsultum, quo cavebatur, ab apertis tabulis dies legatorum cedere, non a morte testatoris, ut medio illo tempore caduca fierent, *d. l. un.* §. *cum igitur*.

Excludebatur vero fiscus a substitutis, & ait Justinianus, substitutiones introductas, ut tollerentur caduca. Excludebatur etiam a conjuncto, ut puta legatarius, qui habebat collegatarium, mortuus est vivo testatore, mortui pars conjuncto accrescit, & præfertur fisco, & heredi scripto. Hac ergo de causa Justinianus in *C. de caduc. tollendis*, de substitutis, & de Jure accrescendi tractat: & Paulus in *libris ad l. Juliam, & Papiam*, pariter de Jure accrescendi egit. Vide latius Bal-

Balduin. in *tract. de caducis*, Cujac. *ad tit. C. de caduc. initio*, & Ramos in *tract. ad ll. Julias, & Papias*, Gothofr. ad *l. Juliam, & Papiam*, *par.* 2.

Quamvis autem Justinianus censuit, penitus esse abolendam legem Papiam caducariam, & retinendam tantum legem Juliam caducariam, *d. l. un.* §. *cum autem, &* §. *ult.* quæ scilicet omni deficiente herede & bonorum possessore fiscum vocat, veluti parentem omnium, *l. quædam*, §. *quoties*, *lib.* 2. tamen ut Jus substitutionis, ita conjunctionis Jus, & remansit, & frequentatum est. Sed jam nostrum textum aggrediamur.

Verba Pauli ita habent: *Re conjuncti videntur, non etiam verbis, cum duobus separatim eadem res legatur. Item verbis, non etiam re, Titio & Sejo fundum æquis partibus do lego; quoniam semper partes habent legatarii. Præfertur igitur omnino ceteris, qui & re, & verbis conjunctus est. Quod si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem. Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est, an conjunctus potior sit. Et magis est, ut & ipse præferatur.*

Dividitur textus in duas principales partes. In priori agitur *de speciebus conjunctionis*, & est in principio textus. In posteriori tractatur *de prælatione conjunctorum*, & hæc ibi, *Præfertur*. Nos, inter primam & ultimam partem interferemus aliam, ubi de ipso Jure accrescendi videbimus; ita enim fiet, ut tractatio hæc involuta non modo complementum, sed etiam lucem accipiat. Sit ergo.

De Speciebus conjunctionis.

PAulus in nostro textu declarat solum, qui dicantur re conjuncti, item qui verbis. Silet vero de illis, qui re simul, & verbis conjuncti sunt, ea ratione, quia quinam isti sint, facile constat ex illis, cum simplicia contineantur in mixto. Et quidem triplici modo intelligi conjunctio potest, ut idem Paulus docuit eodem *lib.6.* ad *l. Juliam & Papiam*, & habetur in *l. triplici*, *ff. de verbor. signif.*

Re conjuncti sunt, cum duobus separatim eadem res legatur, ut hic: vel quos rei complexus jungit, ut in *d. l. triplici*. DD. ita dicunt, cum eadem res duobus in diversis orationibus insolidum relinquitur, veluti, Fundum Tusculanum Cajo do lego, Fundum Tusculanum, vel eumdem fundum Sejo do lego, §. *si eadem in fine, Institutionibus de legatis*, *l. Julianus*, *ff. de hered. instit.* Quo casu conjuncti habent solidum initio, partes vero faciunt concursu, *l. conjunctim lib.* 3. *l.* 1. §. *interdum*, *ff. de usufr. accresc.*

Sunt quædam, quæ huic definitioni obstant, nam objicies I. ex *l. pen. ff. eit. tit.* In ea lege duobus separatim ejusdem rei ususfructus legatur, & tamen non sunt re conjuncti.

Respondet Bartolus hoc ideo fieri, quia ibi singulis testator legavit ab heredibus singulis, qua in re ab initio partes restator fecisse videtur. Exempli gratia, duo sunt heredes, & duobus legata est eadem res ab heredibus singulis; si heredes sint semissarii, erunt quoque legatarii semissarii. Et similiter tribus heredibus institutis ex æquis partibus, si eadem res tribus legetur, creditur testator æquas partes fecisse. Itaque quod dicitur conjunctos esse re, quibus eadem res separatim legatur, hoc ita verum est, si legetur ab eodem herede, vel generaliter ab omnibus heredibus; vel etiam, si uni legetur a pupillo in primis tabulis, alteri eadem res a substituto in secundis tabulis, nempe quia singuli heredes in assem sunt, *l. coheredi*, §. *coheres*, *ff. de vulg. l. plane*, §. *si conjunctim*, *lib.* 1. Non ita est, si singulis eadem res legata sit a singulis heredibus.

Objicies II. ex *l. sicut*, *ff. de adim. legatis*, ubi duobus eadem res separatim legata, priori legatario adempta videtur, non utrique data.

Doctores communiter cum Bartolo ita distinguunt; vel testator in posteriori legato commemorat prius, & est translatio, veluti id quod Titio dedi legavi, id Cajo do lego, *d. l. sicut*. Vel prius legatum non commemorat, & est conjunctio, *d.* §. *si eadem*. Aliter distinguunt Alciatus 1. *parerg.* 8. & Valla 2. *eleg.* 42.

Hæc tamen distinctio rejicitur ex *l. Julianus*, *ff. de hered. instit.* ubi testator, qui dixit, ex qua parte Sejum institui, ex eadem Sempronius heres esto, censetur non transtulisse, sed conjunxisse; & nihilominus prioris partis commemoratio fit.

Placet ergo, quod ait Alciatus in *d. l. triplici & 7. parerg.* 8. aut testatoris verba in secundo legato respiciunt simpliciter substantiam rei, & est translatio; veluti quod Titio legavi, id Sejo do lego; ubi pronomen *id* totam rei substantiam trahit in secundum legatarium, & proinde translatio est; nam substantia individua est, *d. l. sicut*. Aut verba

ba non referuntur ad substantiam, sed ad speciem, genus, aut qualitatem, quæ sui natura pluribus communia sunt, veluti, eundem fundum do lego, aut similibus verbis, quibus oratio augetur, & erit conjunctio. Et hoc est, quod docet Justinianus in *d. §. si eadem*, ibi: *Sed si expresserit eundem hominem Stichum, æque disjunctim legatum intelligitur*. Et ita capiendus est textus in *d. l. Julianus*. Idem docuit Valla 2. *eleg.* 42.

Sunt, qui velint in legatariis re conjunctis partes ab initio fieri, non concursu, contra expressam dispositionem textus in *d. l. conjunctim lib.* 3. *& d. l.* 1. *§. interdum, ff. de usufr. accresc.* Moventur hi ex duobus.

Primo ex Ulpiano in *l. plane ubi* 34. *§. si conjunctim lib.* 1. ubi hæc habet: *Si conjunctim res legetur, constat partes ab initio fieri*. Ergo partes non fiunt concursu.

Respondendum est, *conjunctim legari*, licet simpliciter positum, varie tamen in Jure nostro accipi; nam Justinianus in *§. si eadem res, Institutionibus hoc tit. conjunctim legari* accipit de re & verbis conjunctis. E diverso Celsus in *d. l. conjunctim, lib.* 3. *conjunctim legari*, dicit de conjunctis re, affirmans eos ab initio solidum habere, concursu partes fieri. Nil ergo mirum, si Ulpianus in *d. §. si conjunctim*, illud idem *conjunctim legari*, capiat cum Justiniano de conjunctis re, & verbis, quibus partes ab initio fiunt, non quidem a testatore, ut in conjunctis tantum verbis, sed potestate Juris; quapropter, ut dicemus, in ipsis est Jus accrescendi, sicuti in conjunctis re est Jus non decrescendi.

Secundo, moventur etiam. Si legatariis re conjunctis solidum ab initio esset relictum, utique duo in solidum ejusdem rei Domini esse possent contra textum in *l. si ut certo, §. si duobus, ff. commodati*. Esset ergo ab initio nullum legatum, fieret deinde validum, altero legatario repudiante, vel ambobus concurrentibus, quia concursu partes fierent; contra regulam, quæ ab initio inutilia sunt, ex post facto reconvalescere non possunt, *l. quæ ab initio, ff. de reg. Juris*, vel contra regulam Catonianam.

Respondetur aliud esse solidum relinqui, aliud solidum acquiri; hoc postremum fieri non potest, quia regula est, ut duo in solidum ejusdem rei Domini non sint: at prius illud contra nullam Juris regulam est. Quamvis ergo pluribus legatariis solidum singulis relinquatur, nunquam tamen singulis solidum acquiritur, ut propterea legatum ab initio valeat.

Ceterum realis conjunctio locum habet non modo in speciebus, sed etiam in summa, seu quantitate, veluti si dictum sit, do lego Titio decem, & eadem decem do lego Cajo, Baldus in *l. si mihi, & Titio, in princ. ff. de verb. oblig.* & alii apud Bellonum *de Jure accresc. cap.* 1. *quæst.* 8. Certum est enim, Titium & Cajum separatim ad eandem rem vocari; quare re conjuncti sunt. Præterea quia qui positi in eadem oratione sunt re & verbis conjuncti, iidem positi in diversis, sunt conjuncti re. Sed plures in eadem oratione vocati ad eandem summam, sunt re & verbis conjuncti, *l. qui quartam, §. ult. lib.* 1. habetur enim: *Si quis unam summam filiabus legaverit, ut etiam de postuma sentiret, si ea non est nata, superstiti solidum debebitur*. Ergo vocati in diversis erunt re conjuncti.

Neque obstat, quod opponunt Duarenus 1. *de Jure accresc.* 7. & Hotom. 1. *amicabil. resp.* 24. nempe, solidum initio singulis non posse deberi, nisi in rebus, quæ communionem sui natura recipiunt, *l. Titiæ textores, lib.* 1. quod locum non habet in quantitate, quæ non recipit sui natura communionem, cum ipso Jure, & ab initio dividatur numero, *l. cum Stichus, ff. de solut.*

Nam respondetur, quod etiamsi quantitas respectu singulorum corporum non recipiat communionem, tamen respectu totius summæ vere communio adest, & ad eas plures communiter vocari possunt, ut ait Julianus in *l. eum qui in princ. ff. de verb. oblig.* quippe una est summa, sicut unus est grex.

Fatemur tamen, in stipulationibus summæ partes initio fieri, quamvis aliud sit in legatis, in quibus est Jus accrescendi, quod in stipulationibus cessat, *d. l. si mihi, & Titio*. Nempe quia Jus accrescendi introductum est ad evitandam legem Papiam caducariam, quæ in ultimis tantum voluntatibus viguit.

Verbis conjuncti sunt, quos nominum complexus unit, *d. l. triplici*, vel quibus eadem res factis a testatore partibus in eadem oratione, seu conjuncta scriptura relinquitur, verbi gratia, Titio, & Cajo fundum do lego ex æquis partibus. Et quoniam ita conjuncti partes habent non concursu, id est, cum uterque legatum agnoscit, sed ab initio factas a testatore, ideo conjunctio verbo-

rum per se nullius momenti est, nisi quatenus ex voluntate defuncti habetur pro conjunctione duplici, scilicet tam re, quam verbis, ut infra disputabimus.

Interim nonnulla notanda sunt. I. Ad inducendam conjunctionem verbalem exigi, ut vocentur ad diversas partes ejusdem rei; nam si ad res diversas vocentur, ut Titio & Mævio singulos servos do lego, erunt quidem conjuncti in quantum ad figuram verborum, sed non in quantum ad Jus accrescendi, *l. hujusmodi*, §. *quibus*, *lib.* 1. quia testator non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videtur, ut ait Pomponius in *l. si quis ita 66. ff. de hered. inst.* pro eo scilicet, quod dicere debebat, Titio do lego servum, Mævio alterum servum do lego. Quod diximus de rebus diversis, idem esto de summis; quare si pater ita scripsit, lego singulis filiabus meis mille pro dote, istæ conjunctæ non sunt, *l. qui filiabus*, §. 1. *lib.* 1.

Hinc fit, ut quibus alternis annis legatus est ejusdem fundi ususfructus, nec etiam conjuncti verbis sint; non enim concurrunt ad eandem rem, sed singuli, suo quisque anno, solidum habent usumfructum, *l.* 2. *in princ. ff. quibus modis ususfructus amittatur.*

Fit etiam, ut partes esse debeant divisæ pro indiviso, ut si dicatur æquis partibus; nam si partes sint divisæ pro diviso, hoc est certæ, quæ corporaliter, & ad oculum demonstrari possunt, legatarii conjuncti non sunt, veluti lego Titio & Sejo singulas contignationes domus meæ. Ratio est, quia partes divisæ res diversas constituunt, *l. recte dicimus*, §. *ult. ff. de verbor. signif. l. si quis duas*, §. *si quis partem*, *ff. communia prædiorum.*

II. Ad conjunctionem verbalem opus esse, ut nominum, non clausularum complexus sit; nam si dicatur, Mævio fundi partem dimidiam, & Sejo alteram dimidiam lego, legatarii conjuncti non sunt, quia nexus non est inter nomina, sed inter clausulas, *l. Julianus*, *ff. de hered. instit. l. Mævio in princ. lib.* 2. Ita Goveanus in *animadversionibus cap. 6.* Cujac. 24. *obs.* 35. Hotom. 6. *obs.* 12. Fab. *dec* 49. *err.* 3.

Nec facit, has clausulas ab unico verbo *lego* pendere, & proinde unicam orationem constituere, ut argumentantur communiter DD. post Bart. in *d. l. Mævio*, *in princ.* nam tunc verum est, unicam esse orationem, quæ regitur ab uno verbo, cum etiam clausula una est; nam si duæ fuerint, verbum in una expressum intelligitur repetitum in altera; quæ figura *Zeugma* dicitur, quare duo verba erunt, & orationes duæ, Bellonus *c.* 5. *quæst.* 26. *num.* 36. *& seq.*

Quod diximus, multo magis verum est, si partes sint inæquales, veluti Titio lego fundi bessem, Cajo trientem, disjuncti enim sunt. Proinde, ut recte Goveanus *loc. cit.* & Fab. 6. *conject.* 1. observant, nusquam in Jure nostro legimus conjunctionem verbalem fieri, nisi partibus æqualibus, seu virilibus assignatis, ut in nostro textu, & in *d. l. 66. ff. de hered. instit.* & in *l. pen. ff. de usufr. accresc.* cum concordantibus.

Re & verbis seu mixtim conjuncti sunt, quos nominum, & rei complexus jungit, *d. l. triplici*: vel quibus conjuncta scriptura, sive eadem oratione res eadem simul, & insolidum relinquitur. Hujus plura exempla sunt, Titio & Cajo do lego fundum: vel Titio, Cajoque: vel Titio cum Cajo; nam si quis deposuerit equum cum capistro, unum est depositum; ut servo legato cum peculio unum legatum, ita fundum cum instrumento legato, *l.* 1. juncta *l.* 5. *ff. de fundo instructo.* Tandem oratio soluta habetur pro conjuncta, & qui dicit, Titio, Cajo do lego fundum, eos re & verbis conjungit, *d. l. triplici*. Et hi omnes partes habent ab initio, factas non quidem expresse a testatore, sed tacite per interpretationem legis, *l.* 34. §. *si conjunctim*, *ff. de leg.* 1. ubi simpliciter conjuncti dicuntur, ut etiam a Justiniano in *Institutionibus hoc tit.* §. *si eadem res*, ubi conjunctis re & verbis dicitur conjunctim legari, conjunctis re tantum dicitur legari disjunctim. Præter has conjunctiones, considerant Doctores etiam aliam, quæ dicitur conjunctio legalis, de qua infra.

QUÆSTIO UNICA.

Utrum plures heredes in eadem oratione sine parte scripti, censeantur re & verbis conjuncti.

HÆc difficultas locum habet, si plures duobus heredes scripti sint, veluti Titius & Cajus heredes sunto, Sempronius heres esto; nam si Titius & Cajus conjuncti sunt, repudiante Titio, portio ejus soli Cajo accrescet: si vero conjuncti non sunt, portio a Titio repudiata, non solum Cajo, sed etiam Sempronio accrescet pro portionibus

bus hereditariis, *l. liber homo*, §. *cum quis*, *ff. de hered. instituendis*.

Hac in re Cujacius fuit inconstans, nam in *l. un. §. his ita*, *C. de caduc. toll.* secutus Accursium, & Bartolum ibidem censuit, esse conjunctos, tradens in hoc realem conjunctionem a mixta differre, quod heredes sine parte scripti in diversis orationibus, non sunt re conjuncti, veluti Titius heres esto, Cajus heres esto; censentur enim ab initio vocati, quisque in semissem: at sunt re & verbis conjuncti, si in eadem oratione vocentur. In contrariam vero sententiam ivit idem Cujacius in *d l. triplici*, docens non intelligi heredes mixtim conjunctos, quoties sine parte scripti sunt, quamvis in eadem oratione vocentur; prorsus ut ad eos conjungendos dicere opus sit, Titius & Cajus in dimidia parte heredes sunto, Sempronius heres esto, ubi Titius, & Cajus sunt re & verbis conjuncti; sed si tertius, hoc est Sempronius, adjectus non fuisset, Titius & Cajus non essent conjuncti, quia uterque ferret dimidiam partem, & non in unam, eandemque concurrerent. Idem tradunt Duarenus 2. *de Jure accresc. cap. 9. & 12.* & Goveanus *eod. tit. num. 19.* Bellonus *cap. 5. qu. 22. n. 5.* Josephus a Santosaria *lib. 1. Jurisconf. interp. 23.* Quæ sententia vera est.

Sed, ut ordine procedamus, duplex in heredibus eadem oratione institutis, conjunctionis species considerari potest. Altera in quantum ad Jus accrescendi, altera in quantum ad coactionem in unam hereditatis partem. Quod primus omnium observavit Jacobus de Ravenna, quem sequitur Cynus in *d. l. un. § his ita.* Si ergo testator ita heredes sine parte scripsit, Titius heres esto, Sejus & Mævius heredes sunto, concedimus Sejum & Mævium esse conjunctos, non quidem in quantum ad Jus accrescendi, sed in quantum ad hoc, ut unam partem hereditatis auferant, hoc est dimidiam; quippe habuit eos testator, dum ita conjunxit, pro una persona, unde fit, ut alteram dimidiam accipiat Titius. Itaque hereditas divisa est in duos semisses, non in tres trientes, sicuti ex Proculo scribit Celsus in *l. liber homo*, §. *Titius*, *ff. de hered. instit.* & ex Celso, Ulpianus in *l. item quod Sabinus*, §. 1. *ff eod. tit.* Et quoniam portio ejus, qui nemini est conjunctus in quantum ad Jus accrescendi, accrescit omnibus pro portionibus hereditariis, ideo si Sejus repudiet suum quadrantem, accrescet Titio & Mævio inæqualiter, ita scilicet, ut Titius duplum auferat, quam Mævius, *d. l. liber homo*, §. *cum quis*.

Quod vero heredes sine parte scripti non sint in quantum ad Jus accrescendi conjuncti, probatur I. ex apertis Ulpiani verbis in *d. l. item quod Sabinus*, §. 1. cum ait: *Quantum ad Jus accrescendi non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur*. Species ejus legis est. Testator duos ex undecim unciis scripsit heredes, ita scilicet, Primus & Secundus ex deunce heredes sunto: deinde duos alios sine parte, ita, Tertius & Quartus heredes sunto. Mortuo testatore, Tertius, unus ex iis, qui sine parte fuerunt, repudiavit. Quæsitum fuit, cui semuncia repudiata accrescat? Quæstio dependet ex eo, quod diximus, utrum scilicet Quartus sit conjunctus Tertio Jure accrescendi, an potius solum Jure coactionis. Nam in primo casu accrescet soli Quarto: in posteriori accrescet omnibus. Ait ergo Ulpianus, antiquos circa hanc difficultatem fuisse inter se discordes; ipse tamen accedit Servio, qui omnibus accrescere ait. Et tandem rationem reddit illis verbis: *Nam quantum ad Jus accrescendi, non sunt conjuncti, qui sine parte instituuntur*. Ubi notandum, non negari ab Ulpiano simpliciter, Tertium & Quartum esse conjunctos; sunt enim conjuncti, quatenus coacti sunt in unam partem, hoc est in unciam; sed negari esse conjunctos in quantum ad Jus accrescendi. Quare omnino fit, ad conjunctionem mixtam, de qua nos loquimur, partes debere exprimi, ut Primus & Secundus ex deunce heredes sunto.

II. Probatur ex Pomponio in *l. si ita quis 66. ff. de hered. instit.* ubi testator heredes ita instituit, Titius heres esto, Cajus & Mævius ex æquis partibus heredes sunto. Decessit Cajus. Dubitatum est, cui portio ejus accrescat. Respondet Jurisconsultus, non soli Mævio accrescere, sed etiam Titio ex hereditariis portionibus: *Quia testator non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videtur*. Hoc est, non conjunxisse respectu Juris accrescendi; tum quia pars expressa non est, erat enim opus dicere, heredes sunto in semisse; tum etiam, quia addidit, *æquis partibus*, quod facit, ut nec etiam sint conjuncti in quantum ad coactionem in unam partem; & tota hereditas in tres trientes dispertietur, quasi dixisset testator, *Cajus heres esto*, *Mævius*

vius heres esto, ut certe erat dicturus, si celeriter loqui noluisset. Quare sicuti isto modo dicendo hereditas dividitur in tres trientes, ita etiam illo.

III. Probatur ratione. Nam qui in diversis orationibus non sunt re conjuncti, iidem per consequens vocati in eadem oratione non sunt re & verbis conjuncti; quia nominum complexus non inducit realem conjunctionem, sed verbalem tantum. Sed heredes sine parte in diversis orationibus non sunt re conjuncti, ut est communis opinio, & mox dicemus. Ergo non sunt re & verbis conjuncti, si vocentur in eadem oratione.

Objicies I. ex *d. l. triplici*, ubi in hoc exemplo si testator dixerit, Titius, Mæviusque heredes sunto, dicitur facta conjunctio re & verbis, non aliter quam in isto, Titius & Mævius ex parte dimidia heredes sunto.

Ex dictis facile responsio patet; agit enim in eo textu Paulus generatim de conjunctionibus, tam si conjunctio sit respectu Juris accrescendi, quam respectu coactionis; propterea utriusque exempla in medium adducit; in eo enim exemplo, ubi sine parte institutio fit, adest conjunctio Jure coactionis; at in alio, quod cum parte est, adest conjunctio Jure accrescendi.

Objicies II. ex *l. heredes sine partibus*, *ff. de hered. instit.* ubi heredes conjunctim sine partibus scripti, gaudent Jure accrescendi.

Respondetur, Jabolenum ibi sermonem habere de heredibus institutis cum parte, sed sine partibus. Quæ duo longe distant; nam si scribat testator, Titius, & Sejus ex triente heredes sunto, dicuntur heredes instituti cum parte, sed sine partibus, & inter eos locum habet Jus accrescendi. Sed si dicat, Titius & Sejus ex triente æquis partibus heredes sunto, dicentur instituti cum parte, & cum partibus, & Jus accrescendi inter eos cessat, quia verba illa, *æquis partibus*, prohibent realem conjunctionem, ut recte docet Goveanus in *animadversionibus d. cap. 6.*

Quod si heredes instituti duo tantum sint, & in diversis orationibus, ipsi non veniunt singuli ex asse, sed quisque pro rata; veluti Titius heres esto, Cajus heres esto; hi non habent solidum initio, & non faciunt partes concursu; sed ita intelliguntur instituti, quasi dixerit testator, Titius ex semisse heres esto, Cajus ex semisse heres esto, ut docuit Andreas Zaphyrius apud Alciatum hic *num. 13.* & probatur ex *l. quoties*, §. *heredes*, *ff. de hered. instit.* ubi si pluribus heredibus scriptis, a testatore partes non fiant, æqualiter instituti intelliguntur; & colligitur ex *d. l. item*, *quod Sabinus* §. 1. Quocirca re conjuncti non sunt, nec est inter eos Jus accrescendi, illud nimirum quod provenit ex conjunctione, quamvis uno repudiante, totum capiat alter Jure accrescendi, quatenus coheres, vel quasi substitutus, ut vocatur in *l. si Titio*, §. *Julianus*, *lib.* 2. scilicet ne testator ex parte intestatus decedat. Quod patet etiam ex eo, quia si dicam, Titius & Cajus heredes sunto, hi re conjuncti non sunt, ut visum est; ergo nec etiam si eosdem in diversis orationibus instituam.

Hæc distinctio inter duos heredes maximi est momenti, quia si ullo casu duo heredes essent re conjuncti, portio deficientis accresceret sine onere, ut dicemus ex *l. un. C. de caduc. toll.* Non ita inter coheredes; nam quamvis Celsus scribat, portionem coheredis deficientem accrescere sine onere, *l. pater 29.* §. *ult. lib.* 2. idque etiam Juliano placuisse tradat Ulpianus in *d. l. si Titio*, §. *Julianus*; tamen idem scribit, hoc cessare post rescriptum D. Severi, quo onera ab instituto relicta, a substituto debentur; nam coheres quasi substitutus est, & propterea cum onere consequetur accrescentem portionem, *d.* § *Julianus*.

Cum vero plures duobus sunt heredes, & dubitatur, utrum duo ex ipsis sint re & verbis conjuncti, hoc non inquiritur ratione oneris; nam ut coheredi accrescit portio repudiantis cum onere, ita etiam conjuncto re & verbis, *d. l. un.* Inquiritur ergo solum ad hoc, ut sciamus, an portio conjuncti repudiantis accrescat uni, hoc est conjuncto tantum, an omnibus coheredibus, ut jam expositum est.

Ceterum si testator in duobus heredibus partes exprimat, Titius & Cajus ex æquis partibus heredes sunto, isti nec etiam conjuncti sunt, *d. l. 66. ff. de hered. instit.* Multo magis conjuncti non sunt, si dicat, Titius heres esto in besse, Cajus in triente heres esto. Quare videtur concludendum, nunquam duos heredes esse conjunctos, in quantum ad Jus accrescendi, quod ex conjunctione provenit. Itaque si a duobus heredibus, deducto usufructu, proprietas legetur, in persona heredum ususfructus, qui deducitur, sanus constitui intelligitur pro portionibus hereditariis,

&

& ideo inter eos non est Jus accrescendi, & amissa pars ususfructus non adcrescit coheredi, sed consolidatur cum proprietate, *l. 1. §. 1. l. 2. ff. de usuf. accresc.*

De Jure accrescendi.

JUs accrescendi generatim sumtum quatenus etiam Jus non decrescendi comprehendit, est Jus retinendæ, vel nanciscendæ partis conjuncti, qui non concurrit, vel concurrere desiit. Ita Cujacius hic, Hotomannus in *epitome hoc tit. num. 2. & 14.* Explicatur.

Dicitur *Jus* locum generis. Nec propterea credas vitiosam esse definitionem, quasi idem per idem definiatur; nam quoties id, quod definitur, generis sui nomen habet, necessario ipsum genus in definitione exprimitur; veluti si quis partem incertam definiet, dicendo, est pars, quæ Juris intellectu per totam rem diffunditur non erit vitiosa definitio, quia ipsum definitum caret speciali nomine. Quare recte Theophilus in *§. sed non ita, Institutionibus de exhered. liber.* Jus accrescendi definit esse Jus partis auferendæ; recte etiam D. Thomas in *4. dist. 27. quæst. 3. art. 2.* Jus patronatus definit: Est Jus præsentandi Clericum, &c.

Dicitur *retinendæ*. Hoc pertinet ad eam Juris accrescendi speciem, quæ proprie dicitur Jus non decrescendi, & est in conjunctis re; quoniam enim illis palam testator singulis solidum adscribit, legando Primo fundum, & eundem fundum Secundo, sine dubio Secundo concurrente decrescit legatum factum Primo, qui ex toto, quod erat consecuturus, jam non habet, nisi dimidium; quare si non concurrit, non accrescit legatum, sed non decrescit, ut eleganter omnium primus observavit Justinianus in *l. un. §. ubi autem legatarii, vers. sin vero nemo, C. de cadue. toll.*

Dicitur, *vel nanciscendæ partis*, quod pertinet ad Jus accrescendi in specie, & est inter conjunctos re & verbis, quibus testator non ita manifeste solidum relinquit; dum enim dicit, Titio & Cajo do lego fundum, videtur potius singulis partem reliquisse; quare utroque concurrente, neutri portio decrescit, cum quisque partem sibi a testatore datam retineat. Si igitur alter deficiat, ejus portio collegatario accrescit Justinian. *loc. cit.*

Dicitur *conjuncti*; quippe causa finalis Juris accrescendi in genere in legatariis, & fideicommissariis est conjunctio, vel voluntas testatoris, quæ ex conjunctione colligitur; quocirca hoc Jus conjunctionis appellatur in *l. si sub conditione, in fine, ff. quibus modis ususfructus amittatur*. Nam aut testator eos verbis conjungit, & videtur eosdem in unum corpus redigere, & pro una persona reputare, & proinde capit unus, quod omnes, si ceteri deficiant: aut verbis disjungit, & manifeste solidum singulis adscribit. Idipsum est, si conjuncti heredes sint, qua conjunctione cessante, si alter heres deficiat, tunc coheres capit quidem totum, sed contra voluntatem testatoris, ex regula, ne quis decedat pro parte intestatus, Goveanus in *l. 1. §. si coheredis, ff. ad l. Falcid.*

Dicitur, *qui non concurrit, vel concurrere desiit*. Hæc verba apponuntur, ut intelligamus discrimen, quod est inter proprietatem, & usumfructum respectu Juris accrescendi. Nam pars proprietatis acquisita, & postea amissa, non accrescit, pars vero ususfructus accrescit, scilicet non nanciscor partem proprietatis ejus, qui semel mihi concurrit, sed postea concurrere desiit, amissa parte sua, vel omissa; nanciscor tamen partem ususfructus ejus, qui mihi concurrit, si deinde desinat concurrere, amissa parte sua per capitis diminutionem. Ratio discriminis est in *l. 1. §. pen. ff. de usufr. accresc.* quia proprietas semel uno momento constituitur, seu eo solo tempore, quo vindicatur legatum. In usufructu longe aliter se res habet; nam ususfructus legatur non semel, sed quotidie, & in momenta singula cuilibet legatario, quia ex perceptione temporaria consistit, *l. 1. ff. quando dies usufr. cedat*; quare videntur diversa legata. Unde non eo solum tempore, quo vindicatur, inspicitur an collegatarius mihi concurrat, sed quotidie. Et qui hodie mihi concurrit, si non concurrat cras, amissa parte per capitis diminutionem, ejus pars mea est.

Unde falsa est communis opinio, partem ususfructus amissam post acquisitionem pertinere ad re conjunctum, non per Jus non decrescendi, sed per Jus accrescendi; moti ex eo, quia ususfructus, qui per concursum semel decrevit, cum mihi acquiritur, id fiat per Jus accrescendi. Ita Bartolus hic *num. 21.* & Jason *nu. 102.* Cujacius *ad Africanum tract. 5. in l. 2. ff. de usufr. accresc.* Hotomannus *qq. illust. 44.* Sed verius est, in usufructu etiam post acqui-

quisitionem locum habere Jus non decrescendi; cum enim ususfructus quotidie intelligatur legatus, quamvis per concursum decreverint legata præterita, integra tamen manent legata sequentium annorum: quare cum collegatarius desinit concurrere, pertinet ad me ususfructus totus per Jus non decrescendi. Ita Ripa hic *num.* 8. & 64. & Cujac. sibi contrarius in *Paratl. de usufr. accresc.* sequitur Bellonus *cap.* 5. *quæst.* 37. *num.* 15. & *seqq.*

Ex his colligitur, cessare Jus accrescendi inter conjunctos, si judicium defuncti tale appareat fuisse. Exemplum elegans est in *l. mulieri*, *ff. de condit. & demonstr.* ubi inter conjunctos re & verbis non est Jus accrescendi, quia contrarium videtur fuisse judicium defuncti: sed integram speciem ejus legis exponamus. Quidem mulieri, & Titio conjunctim legavit usumfructum, sub conditione, si non nupserit mulier. Hæc conditio viduitatis mulieri remittitur lege Julia propter utilitatem publicam: at Fisco non remittitur, *l.* 1. *C. de indicta viduit. toll.* Si itaque mulier nubat, licet Fisco non sit remissa conditio, non propterea mulier, eo excluso, ad integrum usumfructum admittetur. Ratio specialis est, quia lege Julia mulieri tantum habere concessum est, quantum haberet, si conditioni paruisset. Sed si paruisset, solam partem habuisset; ergo eandem nunc habebit. Hinc fit, ut Titius partem suam non amittat, sed propter mulierem, quæ eam acquirere non potest, retineat; deberet enim pars Titii migrare ad mulierem, ad quam tamen migrare non potest propter legem Juliam; quare remanet apud Titium. Quærit deinde Papinianus quid Juris, si Titius repudiet legatum? Et ait, non accrescere, ne mulier plus habeat sua parte, quæ venit ad legatum ex lege Julia contra Judicium defuncti, cum non impleta conditio viduitatis: & quæ admittuntur contra Judicium defuncti, non sunt producenda latius. Cujacius hic *tit. de Jure novo.*

Nunc de speciebus Juris accrescendi, quæ ex dictis in definitione colliguntur.

I. Jus accrescendi dividitur in Jus non decrescendi, & id, quod in specie Jus accrescendi nuncupatur. Et primum discrimen est, quia Jus non decrescendi habet locum etiam in invitis, ut accidit in re conjunctis, *l. un.* §. *ubi autem legatarii*, *C. de cad. toll.* Ratio est, quia singulis palam ab initio solidum relinquitur, & concursu partes fiunt; quare unum legatum est, quod scindi non potest, hoc est pro parte respui, & pro parte agnosci: & qui partem capit, totum capit, *l. legatarius*, *in princ. lib.* 1. *l. neminem*, *lib.* 2.

At Jus accrescendi non procedit nisi volentibus. Quare re & verbis conjunctis invitis non accrescit, quia non ita palam solidum relinquitur singulis, & duo videntur esse legata, & alterum capienti licebit alterum repudiare, *d.* §. *ubi autem legatarii.* Idemque de verbis tantum conjunctis dicendum est, quia his ab initio partes leganrur, & adscriptio hæc partium facit duo legata.

Alterum discrimen est, quia cum Jure non decrescendi onera non transeunt; nam re tantum conjunctis accrescit sine onere, *d.* §. *ubi autem legatarii*; cum enim singulis palam solidum legatum sit, ideo videtur suum capere, sno autem legato non est adscriptum onus, *l. si separatim*, *ff. de condit. & demonstr.*

Secus est in Jure accrescendi, quia videntur capere alienum legatum; quocirca re & verbis conjunctis, & verbis tantum conjunctis accrescet cum onere, *l. si quis legata*, §. 1. *ff. cit. tit.*

II. Jus accrescendi dividitur in Reale, & Personale. Reale habet locum in proprietate; personale in usufructu, scilicet, quia in proprietate portio accrescit portioni, in usufructu vero personæ; quamobrem in illa Jus accrescendi comparatur alluvioni; in hoc non item, *l. si Titio*, §. 1. *ff. de usufr.* Goveanus *hoc tit. num.* 2. Verum tamen est, quandoque in proprietate partem dici accrescere personæ, ut in *tit. C. quando non petentium partes petentibus accrescant*: id nihilominus non ita intelligitur, ut persona propter se trahat vacantem partem, sed ut ei accrescat propter rem. Discrimen inter utrumque patet ex dictis in definitione.

QUÆSTIO I.

An in conjunctione legali locus sit Juri accrescendi.

Conjunctio legalis est complexus duorum, pluriumve, qui simul ad eandem rem ex Juris dispositione vocantur. Exemplum esto in Dominis ejusdem servi, cui a testatore legatum sive proprietatis, sive ususfructus reli-

relictum sit; quia enim domini ad legatum servo relictum vocantur non a Testatore, sed a lege, prorsus ut legatum a persona unius servi perveniat ad plures Dominos, ideo DD. legali conjunctione eos conjunctos vocant, post Bartol. & Jas. hic. Quæritur modo, utrum hæc conjunctio ad Jus accrescendi pariendum inter dominos sit satis.

Et non concordant inter se Jurisconsulti. Nam Proculo placuit, si servo communi duorum Legatum sit, uno ex Dominis omittente legatum, alteri non accrescere, sed partem omittentis in hereditate remanere. Proculi opinionem & sectam secutus est uterque Celsus, pater & filius, in *l. & Proculo lib.* 2. Moti sunt ea ratione, quia non conjunctim (ea scilicet conjunctione, quæ Jus accrescendi parit) sed separatim partes dominis legantur, id est, partes habent ab initio, non concursu. Quod constat ex eo, quia in concursu partes dividuntur ex æquo, quod non est in specie nostra, ubi domini legatum divident pro partibus, quas in servo habent, ut si unus in servo habebat quadrantem, alter dodrantem, legatum ei servo relictum dividetur inter eos ratione tripla. Sunt igitur separati, & disjuncti in eo legato. Ex quo efficitur, inter eos non versari Jus accrescendi.

Nec contrarium est, quod dicitur in *l. servus communis 66. ff. de acq. hered.* ubi si servus communis heres instituatur ab extraneo, licet domini servi concurrant pro parte dominica, tamen si unius Jus tantum jussu servus adeat, ceteris sociis non jubentibus, tacito Jure partes ei accrescunt. Nam hoc accidit non ob conjunctionem, sed ex regula textus in *l. Jus nostrum ff. de reg. Jur.* ob quam inter duos heredes licet separatos Jus accrescendi locum habet, quod non est in legatariis, in quibus Jus accrescendi non nisi ex conjunctione dependet.

Diversæ sectæ a Proculejanis fuit Julianus, qui videtur secutu. Sabinianos, quibus accedit Ulpianus in *l. 1. §. 1. ff. de usufr. accr.* Putat enim Julianus, si communi servo ususfructus sit relictus, & altero domino repudiante, vel amittente usumfructum, alterum totum habere Jure accrescendi. Et respondet ad rationem Celsi, qui ideo non dabat Jus accrescendi, quod domini separati viderentur, quasi ab initio partibus dominicis legatis; respondet, inquam, non dominorum, sed servi, cui legatum est, personam inspiciendam esse, quæ ut una est, ita domini pro uno habentur, seu unius personæ potestate funguntur: propterea unus ex ipsis totum legatum acquiret.

Pro conciliandis his Jurisconsultis, Joannes antiquus interpres ait, attendi debere Julianum sermonem habere de usufructu, Celsum de proprietate. Et ita DD. communiter. Quæ conciliatio recipienda non est. Primo quia Celsus generatim loquitur tam de proprietate, quam de usufructu, ut constat ex illis verbis. *Si alter dominorum omitteret*: quippe *omittere* legatum dicitur tam qui repudiat legatum proprietatis, quam ususfructus; omittimus enim delata, nondum acquisita: e diverso amittimus acquisita.

Secundo, quia in hac quæstione Julianus non spectat naturam ususfructus, id est, non movetur ex eo, quod ususfructus legatus sit, sed spectat personam servi, cui legatum est, quæ cum sit unica, colligit legatum non posse scindi, & eum dominum, qui agnovit legatum, invitum totum amplecti, socio repudiante. Ita quoque Celsus non movetur legato proprietatis, sed spectat personas dominorum, qui cum concurrant pro partibus dominicis, videntur propterea separati, ut observat Cujacius in *d. l. & Proculo.*

Hinc dependet dispositio textus in *l. Plautius, ff. ad l. Falc.* ubi si dominus leget servo communi sibi & alteri, legatum, quia in persona heredis consistere non potest, totum ad socium pertinet, ibique refertur D. Pii rescriptum, quo statutum est, servo communi fideicommissum datum totum ad socium pertinere. Ex quo rescripto hæc controversia Jurisconsultorum sublata videtur; nam ubi diversæ sectarum sententiæ, ad Principem relatio fieri solebat; eaque deinceps sententia magis probabatur, quam Princeps rescripto confirmasset, ut Merillus 1. *obs.* 5. notat ex *Fragm. Juris civilis*, post collationem legis Mosaicæ, ex *d. l. Plautius, l. Divi, ff. de Jure patronatus, l. 7. ff. de iis, quæ in fraudem creditorum, l. 9. C. quis testamenta facere poss. l. 25. C. de nuptiis.* Ita Proculejanorum sententia adversus Sabinianos probata fuit, quod eam Princeps admisisset, *§. item pretium, instit. de emt. & vend. l. pen. C. de rer. permut.* Ita Proculi sententia probatur contra Cassium ab Antonino Pio in *l. 1. §. coheredis, ff. ad l. Falc.*

Vocantur a DD. etiam conjuncti lege heredes legatarii, qui post diem legati cedentem, & non dum agniti, decessit, pluribus relictis heredibus; trasmittitur enim ad ipsos legatum, *l. si post diem in princ. ff. quando dies legatorum*; & licet legatarius ipse pro parte repudiare non potuerit, heredes tamen ipsius possunt, & altero repudiante, alter totum acquiret, *l. legatarius, in princ. lib.* 1.

Ab intestato etiam legalis conjunctio locum habet. Et duo exempla proferuntur. Primum est, cum plures in eodem gradu existentes simul ad eandem hereditatem vocantur; videntur enim & ipsi unum corpus efficere, & quam partem unus repudiat, alteri accrescit, *l. si ex pluribus, ff. de suis, & legit. l.* 1. §. *si nemo, ff. ad Tertull. l. un. C. quando non petentium partes, l.* 3. §. *ult. ff. de bonorum possessionibus*. Secundum est in iis, qui Jure repræsentationis; & in stirpem succedentes, in unam vocantur portionem, & uno ex ipsis repudiante, aliis ejusdem corporis accrescit, non etiam illis, qui in capita succedunt, *l. si duobus, in princ., ff. de bonorum possessione contra tab. l.* 1. §. *si quis ex nepotibus, ff. de conjungendis cum emancipato liberis*.

QUÆSTIO II.

An inter legatarios conjunctos verbis locum habeat Jus accrescendi.

NOn una est Doctorum opinio. Accursius in *l.* 1. *in princ. ff. de usufr. accresc.* docuit, sive agatur de legato proprietatis sive ususfructus, semper inter verbis conjunctos locum esse Juri accrescendi: Sequuntur Bartolus, Baldus, Imola, aliique communiter in *l. si duobus*, §. *ult. lib.* 1. Forcat. in *Necyom. dial.* 59. *nu.* 6. Donell. *lib.* 7. *comm. cap.* 13. *& lib.* 8. *cap.* 21.

Probant I. ex *d. l. si duobus*, §. *ult.* ubi Pomponius hæc habet: *Si testator Titio & postumis viriles partes dari voluerit, vel etiam id expresserit, totum legatum Titio debetur, non nato postumo.* Ubi aperte dicitur Titius, & postumus, quibus testator legavit viriles partes, & proinde verbis tantum conjunctis, habent Jus accrescendi. Et notandum est, a Pomponio in Jure accrescendi æquiparari conjunctos verbis tantum cum conjunctis re, & verbis; nam ibidem dicitur: *Si Titio, & posthumis legatum sit, non nato posthumo, totum Titius vindicabit*: & certum est, Titium & postumos hic esse re, & verbis conjunctos; non enim additum est, *æquis partibus*. Idipsum habetur in *l. quidam*, §. *ult. cum duab. ll. sequ. ff. de reb. dubiis*.

II. Probant ex *l. Mævio in princ. lib.* 2. ubi in hoc legato, Mævio fundi partem dimidiam, Sejo partem dimidiam lego, eundem fundum Titio lego, Javolenus ait, si Sejus decesserit, partem ejus utrique accrescere.

Alii tamen veteres Jurisconsulti fatebantur hoc verum esse in legato proprietatis, at negabant in usufructu, ex Papiniano in *l. pen. ff. de usufr. accresc.* ubi si æquis portionibus duobus ejusdem rei fructus legatus sit, dicitur inter eos Jus accrescendi non esse. De veteribus istis meminit Accursius *loc. cit.* Sequuntur Duarenus 1. *de Jure accresc.* Fachin. 5. *contr.* 50. Et rationem disparitatis eam esse dicunt, quia verbis conjunctus in usufructu nequit vindicare partem Collegatarii deficientis, quasi suam; quia enim partes singulis datæ sunt, non potest partem socii dicere sibi esse relictam. Secus est in proprietate, cujus portio tanquam alluvio portioni accrescit, *l. si Titio, in fine, ff. de usufr.* & in alluvione reivindicatio est, *l. ex mille, ff. de evictionib.*

Placet tamen eorum opinio, qui docent inter verbis conjunctos, sive de proprietate legata, sive de usufructu agatur, nunquam esse Jus accrescendi, uno excepto casu, cum verbalis conjunctio habetur pro conjunctione duplici. Ita Goveanus *hoc tract. num.* 12. *&* 15. & in *Animadversionibus, cap.* 6. Cujacius hic & 24. *observ.* 34. Hotomannus 6. *observ.* 12. Faber 6. *conject.* 1. Bellonus *cap.* 5. *quæst.* 38. *num.* 26. *& seqq.* Probatur ex pluribus.

I. Ratione, quia generaliter verum est, toties Jus accrescendi esse, quoties in duobus, qui solidum habuerunt, concursu partes fiunt, ut est regula textus in *l. Neratius* 4. *ff. de usufr. accr.* Sed verbis conjuncti non habent solidum, nec partes concursu faciunt; quippe testator eis partes facit, ut indicant verba illa, *æquis partibus* unde in textu nostro dicitur, eos semper habere partes. Ergo inter verbis conjunctos non est Jus accrescendi. Confirmatur ex *l. penult. ff. eit.*

cit. tit. ubi inter eos, quibus eadem res æquis portionibus legata est, non habet locum Jus accrescendi. Confirmatur ex *l. penult. cit. tit.* ubi inter eos, quibus eadem res æquis portionibus legata est, non habet locum Jus accrescendi, quasi vocatos in res diversas.

II. Quia id mens Testatoris suadet; videtur enim Testator compendium orationis quæsivisse potius, quam eos conjungere voluisse ob Jus accrescendi, ut manifestum fit ex *l. si ita quis heredes, ff. de hered. instit.* ubi Testator scripsit, Cajus & Mævius ex æquis partibus heredes sunto; & Pomponius ait, non esse inter eos Jus accrescendi, quamvis conjuncti verbis sint, *Quia* (ut verba ejus sunt) *non tam conjunxisse, quam celerius dixisse videatur.*

III. Non esse Jus accrescendi inter verbis tantum conjunctos, argumento est, *§. si ead. institutionibus de legatis*, ubi de verbis tantum conjunctis nihil dicit. Ergo habuit eos pro alienis. Idem constat ex *l. unic. §. ubi autem legatariis, C. de caduc. toll.*

IV. Quia id suadent verba Testatoris, qui verbis conjunctis legavit partes. Ergo non est alteri dandum totum; nam absurdum est plus cuiquam tribui, quam dixit Testator, *l. facta, §. si sub conditione, ff. ad Trebell.*

Neque huic sententiæ repugnat I. textus in *d. l. si duob. §. ult.* ubi si tibi & postumis æquis partibus legatum sit, postumo non nato, totum tibi acquiritur. Respondetur enim specialem esse casum in postumo, qui non facit partem, nisi natus sit: unde eo non nato, totum ad Collegatarium pertinet, quasi ab initio solido ei relicto, ut expresse dicitur in *d. l. quidam, §. ult. cum duobus seqq. ff. de reb. dub.* Et ratio est, quia partes postumis relictæ incertæ sunt ob incertum eorundem numerum, qui nasci possunt; nam uno nato, pars virilis erit semis, duobus natis, triens, tribus vero, quadrans, *l. utrum in princ. ff. cit. tit.* Et propter hanc incertitudinem non possunt censeri partes in testamento factæ, & nullo nato nulla pars erit. Unde conjunctus quasi solidum habens totum vindicabit. Ita Bellonus *loc. cit. num. 75.*

Sed quia textus in *d. l. si duobus, §. ult.* id ipsum tradens de conjunctis re, & verbis, nempe si dictum sit, Titio & postumis do lego, videtur de indubitabili agere; ait enim, postumo non nato, totum a Titio vindicari; de qua re nullum dubium esse poterat, cum certum sit inter conjunctos re & verbis esse Jus accrescendi. Propterea sciendum est, in hac specie rationem dubitandi fuisse, quia aliquando, qui partem non capit, facit etiam partem, seu quod pro non scripto est, obstat Juri accrescendi. Finge, quidam legavit conjunctim eandem rem Titio, & servo proprio sine libertate, licet pro non scripto sit legatum servo proprio absque libertate relictum, *l. 3. ff. de his, quæ pro non scriptis*; tamen Titius totum non vindicabit, *l. plane ubi §. si conjunctim, lib. 1.* Et sic servus, qui non capit partem, facit partem. Ita quoque si quis legat mihi, & Titio servum meum conjunctim, pro mea parte pro non scripto est, & nihiluminus Titius non feret, nisi partem; & quod pro non scripto est, obstat Juri accrescendi, *l. hujusmodi, §. si Titio & Mævio, ff. cit. tit.* vide alios apud Accursium in *l. hujusmodi, §. si Titio, ff. de leg. 1.* Eodem modo videbatur dicendum de legato facto Titio, & postumis, ut postumus, qui non nascitur, quamvis partem non capiat, faciat tamen partem,

In contrarium tamen respondit Pomponius, postumo non nato, totum a Titio vindicari. Relicta ratione discriminis, quam in *d. §. ult.* tradit Cujacius, dicimus ideo postumum non natum nec capere, nec facere partem, quia, ut notavimus, pars est incerta, minor pluribus natis, major uno nato, & consequenter nulla nullo nato. Non ita est in *d. l. plane, §. conjunctim, & in d. l. hujusmodi, §. si Titio & Mævio*, in quibus pars certa est, & propterea qui non capit partem, facit partem.

Neque repugnat II. textus in *l. Mævio, in princ. lib. 2.* quippe ibi legatarii non sunt verbis conjuncti, cum non sit inter eos nominum, sed clausularum complexus; ideo nihilominus locum habet Jus accrescendi, quia sunt re conjuncti, quam conjunctionem facit adjectio Tertii; Nam cum testator dicit; Primo partem fundi dimidiam, Secundo partem dimidam lego, Tertio fundum lego; Primo & secundo non est legata, nisi una dimidia, seu semis fundi, in quo semisse re conjuncti sunt, idque propter adjectionem Tertii, cui totus fundus legatus est, sed ex concursu alterum semissem capiet. Habetur ergo

tanquam, si testator dixisset, Primo partem dimidiam fundi, Secundo eandem dimidiam lego, Tertio fundum lego. Quod si Tertius non fuisset adjectus, Primus esset vocatus ad unum semissem, Secundus ad alterum: & sic nec re, nec verbis essent conjuncti.

Itaque secundo decedente, pars ejus, hoc est quarta, accrescet Primo & Tertio, qui illi re conjuncti sunt: & accrescet non æquis partibus, sed pro portione legati, ut Tertius capiat duplum ejus, quod capiet Primus, *d. l. Mævio*. Ceterum si non solum deficiat Secundus, sed etiam Tertius, non habebit Primus Jus accrescendi, nisi usque ad dimidiam, quam ei testator reliquerat: quia respectu alterius dimidiæ, nec cum Secundo, nec cum Tertio conjunctus dici potest, sed omnimodo disjunctus. Quamobrem remanebit ea in hereditate. Ita eleganter Cujac. 24. *obs.* 35. & in *l. un.* §. *his ita definitis*, *C. de caduc. toll.*

Quod attinet ad eos, qui distinguunt inter proprietatem, & usumfructum, ut in illa sit Jus accrescendi, non ita in isto, si legatarii sint verbis conjuncti, rejiciuntur ab Ulpiano, qui in *l.* 1. §. *interdum*, *ff. de usufructu accresc.* considerat rationem concursus in usufructu ad exemplum proprietatis, in illis verbis: *Concursu partes habemus, quod & in proprietate contingeret*; quocirca ut in usufructu non est Jus accrescendi ob nominum complexum, ita nec in proprietate. Nec facit in proprietate partem parti, ut in alluvione, accrescere; nam id verum est, si partes distinctæ non sint, quippe partes distinctæ, ut diversæ res habentur, *d. l. pen. ff. de usufr. accr.*

Ceterum ex supradictis videtur colligi posse, legatarios verbis conjunctos non gaudere Jure accrescendi, nisi verborum conjunctio pro duplici conjunctione habeatur, quod tunc demum accidit, cum adjicitur Tertius; nam ut disjuncti, ita etiam verbis conjuncti, ea Tertii adjectione fient conjuncti re, quo casu verbis conjunctus non solum habet Jus accrescendi, sed etiam Jus prælationis, ut est intelligendus noster textus, & dicemus infra.

QUÆSTIO III.

Utrum Jus accrescendi transeat in emtorem legati.

Nullum versatur dubium in legato ususfructus, qui duobus simul relictus sit; nam si postquam alter partem suam vendiderit, alter deficiat, ejus pars non accrescit emtori, sed venditori; quia portio ususfructus non accrescit portioni, sed personæ, scilicet ei, cui testator conjunctim cum alio reliquit, *l. si Titio*, §. 1. *ff. de usufr.* Eo præsertim, quia ususfructus cum venditur, in emtorem transit solum fructus naturalis perceptio, Jure apud venditorem remanente, *l. arboribus*, §. *ususfruct. ff. de usufructu*. Quæstio itaque non est de Jure accrescendi personali, ut in usufructu, sed tantum de reali, ut in ceteris rebus.

Ponamus ergo, unum ex legatariis conjunctis vendere suam partem legati, deinde socium deficere. Et Cujacius hic, & 12. *observ.* 13. singulariter putavit, partem vacantem non emtori, sed venditori accrescere debere. Et movetur ex pluribus. I. Quia sicuti Jus accrescendi non tribuit plus quam testator dari voluit, ita non tribuit partem legati alii, quam cui testator dari voluit. Sed testator dari voluit venditori, non etiam emtori, qui illi fuit incognitus. Ergo Jus accrescendi partem vacantem legatarii deficientis tribuet non emtori, sed venditori. II. Quia portio legati vacans non accrescit, nisi ei, qui sit cum deficiente conjunctus, id est socio, *l. & Proculo*, *lib.* 2. Sed deficienti est tantummodo conjunctus venditor, non emtor. Ergo illi, & non isti debet accrescere. III. Quia in venditione legati id tantum venire intelligitur, quod tempore contractus venditori competit, *l.* 2. §. 1. *versic. plerumque*, *ff. de hereditate vendita*. Cum itaque tempore venditionis non pertinuerit ad venditorem, nisi portio ipsi principaliter relicta, inde fit, hanc tantum in venditione venire, non etiam portionem, quæ deinde deficit, & de qua nihil est cogitatum; quippe absurdum est, in contractu venire ea, de quibus cogitatum non est, *l. cum Aquiliana*, *ff. de transactionibus*, ne actus operetur ultra intentionem agentis, *l. non omnis*, *ff. si certum petatur*.

Itaque audiendi non sunt, qui post Bartolum, & Alciatum hic, in contrarium docent, portionem legati vacantem accrescere emtori.

Se-

Sequitur Duarenus 2. *de Jure accresc.* 6. & Bellonus *cap. 6. quæst. 67. num.* 14. qui id intelligunt de quolcunque alio singulari successore, donatario, cessionario, & simil. Moventur ex eo, quia id quocumque collegatario acquiritur Jure accrescendi, intelligitur ejus esse, non ex die repudiationis, sed ex die mortis testatoris, vel saltem ex die agnitionis, tanquam si ei soli legatum esset. Unde si conjunctim duobus legetur Stichus, & alter eorum Stichum injuria occisum repudiet, alter solus ex lege Aquilia agere potest, tanquam si ab initio integrum ejus dominium habuisset: nempe retro accrevisse dominium ei videtur, *l. si Dominus*, *l. Titio & Sejo*; *cum duabus seqq. ff. ad l. Aquiliam*; non enim legis Aquiliæ actio nisi Domino conceditur; nam ait Celsus, legem domino damna salva esse voluisse, *l. liber homo* 13. *ff. cit. tit.* Quocirca portio, quæ post venditionem legati accrevit, videtur saltem ficte fuisse venditoris tempore contractus. Ex quo fit, portionem eam ad emtorem, non ad venditorem pertinere; quia vendita aliqua re, censetur venditum id omne, quod illius occasione spectabat ad venditorem tempore contractus, *l.* 2. §. 1. *vers. plerumque*, *ff. de hereditate vendita*.

Hæc tamen ratio nihil urget. Nam dupliciter venditio celebrari potest. I. Specialiter, vendo partem meam legati. II. Generaliter, vendo quidquid mihi ex tali legato pervenerit. Et in hoc posteriori casu intelligitur venditum quidquid occasione ejus rei spectabat ad venditorem. Et ita procedit textus in *d. l.* 2. §. 1. ubi agitur de eo, qui vendidit, quod sibi ex hereditate pervenit; nam emtor hereditatis ita stipulatur. Quæ pecunia ad te de Lucii Titii hereditate pervenerit, eam dari? Quæ venditio, quia generalis, ex mente contrahentium statutum est, restituendum emtori non solum, quod jam pervenit tempore contractus, sed & quod quandocumque pervenerit, *d. l.* 2. §. *non tantum*.

De prælatione inter conjunctos.

Nunc postremam nostri textus partem aggrediemur; ubi Paulus non de Jure accrescendi, sed de prælatione agit; inter quæ duo illud distat, quod Jus accrescendi potest locum habere inter duos, quorum alter deficiat: at vero prælatio non nisi inter tres, aut plures tribus est, ut uno deficiente, inspici queat quisnam ex reliquis ad partem deficientem veniat. Quoniam vero triplex conjunctionis species est, propterea Paulus de omnibus agens, dividit textum in tres partes. Prima ibi: *Præfertur*. Secunda ibi: *Quod si*. Tertia ibi: *Si vero*.

In prima igitur parte ait, præferri omnino ceteris, qui re & verbis conjunctus sit. Finge, testator ita dixit: Primo & Secundo fundum Sempronianum do lego, Tertio eundem fundum do lego. Deficiente Primo, soli accrescit Secundo, non Tertio, quia Secundus est conjunctus Primo re & verbis, cum Tertius sit tantum conjunctus re, *l.* 1. §. *idem ait*, *ff. de usufr. accr. l. Sempronius*, §. *ult. ff. de usufr. legato*. Ratio in promtu est ex regula duplicis vinculi, quod fortius stringit. *auth. itaque*, *C. communia de successionibus*.

Accidit tamen quandoque, ut eorum, qui re & verbis conjuncti sunt, unus alteri præferatur, scilicet qui in unam portionem cum deficiente vocatus est. Quod tribus exemplis explicatur. Nam I. si quidam collective vocentur, alii copulative, in portione collective vocati præfertur ceteris, qui eidem collective conjunctus est. Exemplum esto, Titio, Sejo, & agnatis meis do lego fundum Tusculanum, uno ex agnatis deficiente, accrescit ejus portio ceteris agnatis, excluso Titio, & Sejo. Nempe, quia collective vocati unum corpus constituunt, & pro una persona censentur, ex *l. si nepotes*, *ff. de coll. bonorum*; quare in unam portionem veniunt, hoc est, in exemplo proposito in unum trientem, *l. interdum*, *in princ. ff. de hered. instit. l. si quis Attio*, *ff. de usufr. accr.* Ita Bartolus, Jason, Alciatus, & alii hic, Duarenus 2. *de Jure accr.* 9. Cujacius in *l. si duobus*, *lib.* 1. Itaque licet nulla major sit conjunctio, quam mista; mistarum tamen una magis stringit, quam alia, hoc est, magis ea, ubi est collectio, quam ubi est copulatio.

II. Si testator ita scribat, Primus & Secundus ex semisse heredes sunto: Ex qua parte Primum institui, ex eadem Tertius heres esto. In quo exemplo unus semis relictus est Primo & Secundo, alter Tertio; & non solum Primus & Secundus, sed etiam Primus & Tertius re & verbis conjuncti sunt, *d. l. triplici*, §. *ult.* Si tamen Primus deficiat, præfertur Tertius Secundo, quia Tertius censetur tanquam in unam portionem coactus cum

Pri-

Primo, *d.§.ult.*& propterea illi magis conjuncttus est, quam Secundus, Baldus in *l.un.num. 21. C. quando non petentium partes*, Bellonus *cap. 5. quæst. 24.*

III. Si testator scribat, Titius una cum filiis suis, & Sempronius mihi heredes sunto, ut in *l. un. vers. alia*, *C. de impuberum*, *& aliis*. Quamvis omnes mistim conjuncti sint, quia tamen Titius & filii in unum semissem vocantur, & propterea sunt, inter se magis conjuncti, quam cum Sempronio; inde fit, ut si unus eorum deficiat, ceteri præferantur Sempronio, Peregrinus *conf. 27. num. 11. vol. 2.*

In altera parte nostri textus ait Paulus: *Si re tantum conjunctus sit, constat non esse potiorem*. Quæ verba varie a DD. accipiuntur, aliis conferentibus cum eo, qui re & verbis conjunctus est, quibusdam cum eo, qui etiam re conjunctus sit, & tandem nonnullis cum conjuncto verbis tantum, ut videre est apud Accursium hic.

Sed ceteris omissis, placet ut dicamus, Paulum docere, re tantummodo conjunctum non esse potiorem aliis, qui aut verbis tantum, aut re & verbis conjuncti sunt, non quidem cum deficiente, sed inter se. Et ut omnes casus simul uno exemplo comprehendamus, finge, Primo & Secundo fundum Sejanum do lego, Tertio eundem lego, Quarto eundem lego, Quinto & Sexto, æquis partibus eundem do lego. In quo exemplo fient tantum quatuor partes, quia Primus & Secundus habentur pro uno, Quintus & Sextus pro uno, *l. un. §. hoc ita*; *C. de caduc. toll. l. plane*, *in princ. lib. 1.* Si Tertius deficiat, Quartus, qui cum eo re conjunctus est, non præfertur Primo & Secundo conjunctis re & verbis, nec Quinto & Sexto conjunctis verbis tantum; sed eum his omnibus ad vacantem portionem admittetur, quia omnes respectu deficientis sunt re conjuncti, Hotomannus *qq. illust. 44.* Cujacius *24. obs. 34.* Goveanus in *hoc tract. num. 9.* & alii apud Bellonum *cap. 5. q. 46. num. 38. & seqq.*

E diverso in eodem exemplo, si deficit Primus, accrescit soli Secundo, quia ut in prima parte nostri textus, conjunctus re & verbis præfertur ceteris conjunctis re tantum. At deficiente Quinto, cui accrescat, dubitatur. Putat Cujacius hic, verius esse accrescere soli Sexto, quasi videatur testator eos non frustra conjunxisse; ut non verbis tantum, sed etiam re conjunctus habeatur, prorsus ut conjunctio verbalis sit pro conjunctione duplici, ut colligitur ex *d. l. un. §. hoc ita*, ubi Quintus & Sextus pro uno judicantur. Sed hæc obiter.

In ultima parte Paulus, tanquam Sibyllæ hæc verba profert: *Si vero verbis quidem conjunctus sit, re autem non, quæstionis est, an conjunctus potior sit. Et magis est, ut & ipse præferatur*. In quibus explicandis variæ sunt DD. conjecturæ, seu potius divinationes.

Rogerius enim hic opinatus est, Paulum, cum ait, *An conjunctus potior sit*, loqui de conjuncto re, & docere eum præferri conjuncto verbis. Quæ sententia probari non potest, quia verbum *conjunctus* refertur ad proxima, nimirum ad verbis conjunctum, non etiam ad remota, seu ad conjunctum re, qui est in antecedenti oratione. Ex quibus multo magis rejicitur sententia Azonis in *summa*, *C. de caduc. toll.* qui conjunctum accepit pro re & verbis conjuncto, ut etiam Joannes, & Accursius docuit.

Verior itaque est sententia Hugonis, qui conjunctum interpretatus est de conjuncto verbis, ut iste præferatur conjuncto re; ut aperte videntur suadere verba Pauli, qui quæstionem de conjuncto verbis proponit. Suadet etiam totius legis contextus; nam cum primo quæsivisset de conjuncto re & verbis, secundo de conjuncto re, utique reliquum erat, ut quæreret de conjuncto verbis. Hanc sententiam amplectuntur communiter Recentiores post Goveanum in *animadverf. cap. 6.* ubi revocat, quod prius in *tract. de Jure accr.* scripserat, sequutus Rogerii opinionem. Sed omnium optime explicat Antonius Faber *dec. 49. err. 7.* qui fatetur se ad hujus textus intelligentiam pervenisse ex mirabili felicique ingenio Antonii Goveani. Notat ergo, prælationem in præsenti specie non oriri ex eo, quod quis simpliciter verbis conjunctus sit, sed ex eo, quod conjunctioni verbali accedat conjunctio rei, non quidem ab initio, sed ex post facto; ita ut inspecta prima dispositione testatoris, sit verbis conjunctus, inspecto exitu, sit conjunctus re & verbis quæ conjunctio resultat ex adjectione Tertii. Hic ergo ita conjunctus præfertur ei, qui conjunctus est re tantum.

Exemplo res tota intelligetur. Finge, Primo & Secundo fundum illum æquis partibus

do

do lego, eundem fundum Tertio do lego. Si Primus deficit, ad partem vacantem concurrunt Secundus, qui Primo verbis conjunctus est, & Tertius, qui eidem Primo conjunctus est re. Ex his Secundus Tertio præfertur. Nempe, quia etsi Secundus in prima dispositione testatoris sit conjunctus. Primo verbis tantum, deinde tamen ob adjectionem Tertii evadit eidem Primo conjunctus etiam re. Hoc autem fit ex Juris necessitate, quoniam qui ab initio singulos semisses ferebant adjecto Tertio in unum semissem coguntur. Ita in *l. Mævio*, *in princ. lib.* 2. legatarii, qui erant disjuncti re & verbis, ex adjectione Tertii fiunt conjuncti re. Quoniam ergo Primus & Secundus, tanquam in unam portionem coacti, habentur pro una persona, & efficiuntur conjuncti non solum verbis, ut erant initio, sed etiam re, ut apparet in exitu, ideo deficiente Primo, in portione vacante præfertur Secundus Tertio, qui eidem Primo est conjunctus re tantum, ex regula duplicis vinculi. Hæc est vera sententia Pauli.

Ad l. *in quartam* 90. *ff. ad l. Falcidiam*.

QUoniam lex est humanarum actionum moderatrix suprema, ideo nil mirum, si variis temporibus variæ latæ sunt leges, quæ actionibus nostris modum imposuere. Donationes cohibuit lex Cincia: Dotes moderata est lex Papia: Manumissiones infrænavit lex Caninia: eadem de causa effræni licentiæ legandi obviam ivere leges Consulares duæ, lex Furia primum, inde lex Voconia, ad extremum occurrit lex Tribunitia, quam a plebe rogavit *P.* seu *C.* Falcidius Tribunus plebis A. ab U. C. 711. ut numerat Antonius Contius in *Fastis Consul.*

Legis Falcidiæ duo tantum capita proponuntur in *l.* 1. *ff. eod.* Primum caput dat liberam facultatem Civibus Romanis legandi, quibusque legare volent, idque propter legem Furiam, quæ de pecunia sua erogare testatorem in singulos non permittebat, ultra mille æris præter exceptas personas, Ulpianus in *lib. regul. tit.* 1. §. *quæ prohibet*: *Lex Furia testamentaria, quæ plus, quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere præter exceptas personas: & adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli pœnam constituit*; & propter legem Voconiam, quæ fœminis hereditates legataque relicta mirum in modum coercebat, ne ditescerent nimis, & ex opulentia superbirent nimis. Sed Lex Falcidia concedit liberam potestatem legandi quibuscunque, non distinguendo mares a fœminis. Secundo capite Legis Falcidiæ constituitur modus legatorum, ut hæc non possint onerare hereditatem ultra dodrantem. Itaque ut leges Furia, & Voconia præfiniebant, quantum singuli capere possent, ita lex Falcidia quantum universi.

Verum in filiis aucto legitimæ modo, auctus quoque Falcidiæ modus est. Hodie namque uti legitima triens, vel semis est, pro numero filiorum, ita & Falcidiam trientem, vel semissem esse, testatur D. Hieronymus in *Chronico*, & Justinianus in *Novel. de heredibus*, *& Falcidia in princ. secundæ partis*. Scribit enim τὸ τρίτον, ἢ τὸ ἥμισυ Falcidiam esse, *idest tertiam, vel quartam partem*: Neque est, quod quisquam dicat, Græcos veteres Codices habere τὸ τέταρτον *quartam*: necesse enim est, utramque quartam ad eundem modum auctam esse. Quare & legitima quandoque sub Falcidiæ nomine venit, *l. quæ nuper*, *C. de inoff. test. l. quisquis*, §. . . . . . *C. ad l. Jul. Majest.* Ita Goveanus 1. *variar. lect.* 1.

Sed fuere etiam alia legis Falcidiæ capita, quæ Cujacius ad *tit.* 49. *C. lib.* 6. miratur non adnotari. I. Ut dos prælegata uxori, quia hæc rem suam recipit, sit extra rationem legis Falcidiæ; item ea, quæ uxoris causa emta, comparata essent. Quod nominatim fuisse cautum lege Falcidia, constat ex *l. usufruct. ff. eod.* II. Ut in ponenda ratione legis Falcidiæ in primis deducatur æs alienum hereditatis, ut etiam deducenda sunt pretia servorum, qui in testamento libertatem meruere, *l. successores*, *ff. eod.*

Multo post lex Falcidia ex constitutione Severi porrecta est ad donationes causa mortis; ex constitutione D. Pii ad fideicommissa relicta ab intestato, ut mox dicemus; ex Senatusconsulto Pegasiano porrecta est etiam ad fideicommissa universalia, ut scilicet heres, qui restituere rogatus est, non nisi dodrantem restituat, retento sibi quadrante, quæ vulgo quarta Trebellianica nuncupatur. Plurimum tamen inter utramque quartam distat; nam aliud heres sibi in Falcidiam imputat, aliud in Trebellianicam, quod docet Martianus hic; cujus textus propterea ad tria somma capita reducitur. In primo de imputatione Falcidiæ agitur, in principio. In secundo de imputatione Trebellianicæ, ibi:

ibi: *Sed in fideicommissaria*. In tertio iterum ad Falcidiam regreditur, ibi: *Si quid vero*.

In prima ergo parte Martianus hanc propositionem statuit: Heres legatis ultra dodrantem gravatus, in Falcidiam imputat ea tantum, quæ capit Jure hereditario, non quæ alio Jure capit. Ratio manifesta est, quia Falcidia est quarta hereditatis, & Jure hereditario capitur, *l. pater filiam*, *in princ. ff. eod.*

Ex quia propositione plura Martianus deducit. I. Quæ heres Jure legati, vel fideicommissi capit, non imputari in Falcidiam, ut est, cum duobus heredibus institutis, uni testator prælegat fundum, vel rogat, ut eidem per fideicommissum a coherede restituatur. Ubi notandum, non totum legatum extra imputationem esse, sed medietatem dumtaxat; nam fundi prælegati partem a se ipso capit, quasi heres, partem a coherede, ut legatarius, *l. Titia cum testam.* §. 1. *ff. de leg.* 2. propterea Jure merito medietatem non imputabit, eam scilicet, quam ut legatarius accipit; imputabit vero medietatem alteram, quam Jure hereditario capit. Hæc eadem intelligas in fideicommisso; etsi enim lex Falcidia de legatis tantum in testamento relictis fuerit locuta, quia nondum fideicommissa in usu erant; tamen postea admissis fideicommissis & Jure codicillorum, ad ea etiam ex Senatusconsulto Pegasiano porrecta est, §. *sed quia heredes*, *Institutionibus de fideicomm. hered.* sicuti ex constitutione Severi porrecta est ad donationes causa mortis, *l.* 5. *ff. eod. l.* 2. *ff. de donationibus causa mortis*. Et consequenter lex Falcidia pertinet ad donationes factas inter virum & uxorem, quia instar habentur fideicommissi, vel donationis causa mortis, & morte sola confirmantur, *l.* 12. *ff. eod.*

Itaque coheres medietatem legati, aut fideicommissi, imputat in Falcidiam. Exemplum esto: testator mille & ducenta in ære habens, duos instituit heredes, quorum secundo prælegat fundum centum. Quoniam iste semissarius heres est, habebit sexcenta, & ejus quarta Falcidia est centum quinquaginta. Sed jam quinquaginta habet ex fundo sibi prælegato; quare potest ejus portio legatis onerari usque ad quingenta; ita enim habebit quartam, & præterea quinquaginta alia ex altera medietate fundi, quam capit Jure legati. Non ita est de primo herede, qui, præter fundum prælegatum, non potest onerari, nisi ad tercentum quinquaginta, ut patet.

Ex dictis intelligimus textum in *l. a filio*, *ff. de leg.* 1. ubi si filiusfamilias Jussu patris adeat hereditatem, legatum patri relictum, imputatur ei in Falcidiam; hoc enim casu cum hereditas patri quæratur, pater, quod ei relictum est, non accipit Jure legati, quoniam id Jus consumitur per acquisitionem hereditatis, sed capit quasi hereditario Jure; igitur imputat in Falcidiam. Oppositum tamen videtur dici in *l. si a servo*, *ff. hoc. tit.* ubi acquisita per filium hereditate, quia jussit pater filium adire, legatum patri factum evanuit. Lex ait, *id legatum patri non imputari in Falcidiam, quia non debetur*.

Respondet Cujacius in *d. l. a filio*, Imputari in Falcidiam dupliciter accipi. Uno modo, cum numeratur inter ea, quæ minuuntur per Falcidiam, ut in *l.* 1. §. *item si ita*, & in *l. si a me tibi*, *ff. eod.* Et ita accipitur in *d. l. si a servo*, cum dicitur legatum a filio relictum non imputari in Falcidiam, hoc est, Falcidiam non subire, quia legatum inutile est, seu non debetur. Altero modo imputari dicitur id, quod numeratur inter ea, quæ explent quartam Falcidiam, & ita venit in *d. l. a filio*. Notandum tamen ex Justiniani constitutione in *l. cum oportet*, *C. de bonis*, *quæ liber.* hoc esse aliquatenus mutatum; quia enim voluit, adventitiam hereditatem non acquiri patri Jure proprietatis, sed solum in quantum ad usumfructum; propterea pater non fit heres per filium; unde fit, ut legatum ei relictum a filio, non reddatur inutile, & semper subjiciatur Falcidiæ.

II. Martianus deducit, id, quod implendæ conditionis causa heres accipit, in quartam Falcidiæ non imputari; ut si legetur fundus Titio sub conditione, si heredi decem dederit. Illa decem legatarius solvit conditionis implendæ causa, & heres non accipit nec Jure legati, nec fideicommissi, sed generali titulo dicitur accipere mortis causa, hoc est, occasione mortis testatoris. Quia ergo non capit Jure hereditario, ideo in Falcidiam non imputatur.

Illud notandum est, si heres ultra dodrantem oneratus sit, totum fundum legatum subjici Falcidiæ, non deducto eo, quod legatarius dedit conditionis implendæ causa, ut infra dicemus.

Ita e diverso, si heres sit institutus sub conditione, si dederit Titio decem, hæc Titius

capiet

cipiet non legati Jure, aut fideicommissi, sed mortis causa capionis, ex qua non subducitur Falcidia, *l. item si legatum*, *l. exceptis*, *ff. eodem.* Excepto casu *l. pen. ff. cit. tit.* quoties is, qui quadringenta habet in bonis, heredem instituit sub conditione, si dederit Titio 350. hoc est, pene hereditatem totam: quod manifestum est, eum adscripsisse studio fraudandæ legis Falcidiæ, ne heres haberet quadrantem integrum: quod studium olim improbabatur, *l. Sejus*, *ff. eod.* nondum enim lata erat Justiniani Novella, qua potest testatos jubere, ne lex Falcidia in suo testamento locum habeat, *auth. de heredib. & Falcidia.*

Est hic animadvertendum, legata sive ab initio inutilia, sive caduca, acquiri heredi Jure hereditario, proinde quartam explere. Unde Papinianus in *l. 11. in princ.* ait, in ratione legis Falcidiæ retentiones omnis temporis heredi in quadrantem imputari, ubi vide Cujacium in §. *si servus* 1. & 4. Quocirca partus ancillarum ante diem fideicommissi editi, ad heredem pertinent, utpote dominum Quiritarium, sed in quartam, & quartæ fructus imputantur, *l. 24. ff. eod.* Sed hæc ad quartam Trebellianicam.

In secunda parte Martianus sermonem instituit de quarta Trebellianica, & propositionem statuit priori contrariam; ait enim: *In fideicommissaria hereditate restituenda, sive legatum, sive fideicommissum datum est heredi, sive præcipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in quartam id ei imputetur.* Ubi *præcipere*, *deducere*, & *retinere* ad legatum pertinent, *l. 3. §. cum Pollidius*, *ff. de usur.* Quocirca videtur addendum in textu, *sive accipere Jussus est;* nam accipiendi verbum est fideicommissi, *l. fideicommissa*, §. *cum esset*, *ff. de leg. 3.* Ratio disparitatis inter utramque regulam est, quia, ut diximus, Falcidia desumitur Jure hereditario, & est quarta hereditatis; at Trebellianica est quarta fideicommissi, & Jure fideicommissario retinetur; quare recte in eam imputantur, quæ sumuntur quoquo modo ex bonis restitutioni, seu fideicommisso subjectis, sive quæcumque fideicommissum minuunt, ut sunt legata, & fideicommissa heredi gravato relicta.

Huic propositioni unam restrictionem, & duas ampliationes Martianus subjicit.

Restrictio est in illis verbis: *Pro ea vero parte, quam accipit a coherede, extra quartam id est, quod a coherede accipitur.* Quæ verba non uno modo a DD. explicantur. Accursius, quem Doctores communiter sequuntur, trahit ad id, quod supra dicebamus, prælegatum pro parte, quam quis a coherede accipit, in Falcidiam non imputari, pro alia vero parte, quam capit a se ipso, imputari: scilicet, ut id locum habeat, etiam in Trebellianica; nam si coheredi, qui fideicommisso gravatus est, quidpiam prælegetur, quod corpus, sive species sit, extra Trebellianicam esse censetur ea prælegati pars, quæ a coherede accipitur, non etiam altera, quam gravatus a se ipso capit. Quæ explicatio nullo modo recipi potest; non enim eadem est ratio Falcidiæ, & Trebellianicæ; nam in quartam Trebellianicam, si imputatur legatum, ut noster textus ait, utique imputari omnino debet etiam ea prælegati pars, quæ a coherede accipitur, cum Jure legati accipiatur. Diversa ratio in Falcidia est, ubi extra quartam legata sunt, & propterea extra eandem quoque erit prælegati portio, quæ Jure legati a coherede venit.

Rectius ergo Cujacius in *l. non amplius*, *ff. de leg.* 1. prædicta verba non de prælegato capit, quod solvitur ex bonis testatoris, sed de legato, quod sumitur ex bonis coheredis, veluti si dictum sit, ut coheres equum suum coheredi gravato præstet; hic equus retinebitur a gravato extra quartam. Ratio ea videtur esse, quia in Trebellianicam imputantur, quæ sumuntur quoquo modo ex bonis restitutioni, id est, fideicommisso subjectis, non ex aliis; hic vero equus, quia præstatur ex bonis propriis coheredis, utique est extra bona fideicommisso subjecta; quare erit etiam extra Trebellianicam. Non ita est de prælegato, quod ex bonis testatoris desumitur, & aliquo modo videtur fideicommisso subjectum, quatenus est apud heredem gravatum ex bonis defuncti.

Ceterum licet postrema verba, *Quod a coherede accipitur*, videantur superflua, cum satis sint priora illa, *Quam accipit a coherede*; tamen hæc geminatio & conduplicatio fit dubitationis tollendæ gratia, ut alibi Ulpianus in *l. 1. §. sed sciendum*, *ff. de ædil. edicto.* *Ego puto*, inquit, *ædiles tollendæ dubitationis gratia bis dixisse, ne qua dubitatio superesset*, Coras. 2. *misc.* 17.

I. Productio est ex constitutione D. Pii, heredem gravatum restituere, accepta pecunia, exempli gratia, Acceptis a Mævio centum, hereditatem Mævio restituas, hanc sum-

mam in quartam imputare debere. Unde Doctores colligunt, non imputare, si gravatus sit restituere, accepta specie, veluti, Accepto a fideicommissario Sticho servo suo. Discriminis ratio varie assignatur. Sed ea omnium optima videtur, quia pecunia, prout in valore consistens, intelligitur deduci, & accipi ex ipsis bonis hereditariis, quod de specie intelligi nequit, ut patet ex Papiniano in *l. deducta*, §. *nummis*, *ff. ad Trebell.* ubi hoc rescriptum D. Hadriano adscribitur, ut etiam in *l. acceptis*, *ff. hoc tit.* Vide Cujacium *ad Papinianum* 9. *responsorum in d.* §. *nummis*. Non dissimiliter rescriptum, quod D. Pio tribuitur in *l. qui cœtu*, §. *si de vi*, *ff. ad l. Jul. de vi publ.* adscribitur D. Hadriano in *l. si de vi*, *ff. de judiciis*.

II. Productio est, ut in quartam imputetur quod implendæ conditionis causa sumitur ex bonis ejus, cui restitutio fit, nempe quia tanquam fideicommissum dari videtur. Id tamen displicet Cujacio 8. *obs.* 4. ex *l. in ratione* 30. §. *tametsi*, *ff. eod.* ubi ut in quartam, quæ ex legatis, ita in quartam, quæ ex fideicommisso hereditatis deducitur, heredi data conditionis implendæ causa non imputantur. Quare ipse verba illa nostri textus, *Sed & quod implendæ*, *&c.* ubi contrarium dicitur, supposititia esse ait, & merito a Basilicis, & a Pandectis Florentinis abesse. Sed non est a vulgata lectione recedendum, præsertim quia textus in *d.* §. *tametsi*, expresse de sola Falcidia loquitur, non etiam de Trebellianica in illis verbis: *Tametsi autem in legis Falcidiæ ratione, quæ conditionis implendæ causa heredi sunt data, in quartam non computentur*. Itaque rectius idem Cujacius in *l. non amplius in princ. ff. de leg.* 1. nostri textus sententiam recipit, & ea ratione firmat, quia quod datur heredi a fideicommissario universali, videtur proficisci ex ipsis rebus, quæ restituuntur; nam fideicommissarius videtur erogare, aut prærogare quod accipit, aut accepturus est; ut ipsius verba sunt.

In tertia tandem parte Martianus regreditur ad legem Falcidiam, & speciatim ad eum casum, ubi legatur Titio fundus, si heredi decem dederit; & notat totum fundum, qui legatus est, subjici Falcidiæ, non deductis decem, quæ legatarius dedit conditionis implendæ causa. Concordat textus in *l. aut veterani in fine*, & in *l. si servus legatus*, *ff. eod.*

Obstat tamen textus in *d. l. non amplius in princ.* ubi id tantum videtur legatum, quod superest, deducto eo, quod legatarius dedit conditionis implendæ causa; ut si legatus sit fundus centum, hoc est, qui dignus erat centum, sub conditione si daret decem, nonaginta tantum videntur legata. Ergo non totus fundus, seu centum, sed tantum nonaginta subjicientur Falcidiæ.

Respondendum est, in *d. l. non amplius* sermonem de Falcidia non haberi, nec eo trahi posse; & aliud omnino ibi Pomponium velle: est enim ejus legis species ponenda ex Paulo in *l. Civitatibus*, §. *ult. ff. de leg.* 1. Nempe legavit quis fundum dignum centum, sub conditione si heredi centum daret. Hoc amplius, a legatario eodem fideicommissum reliquit extraneo. Legatarius accepit fundum datis centum; nam plerumque legatarius mavult habere fundum, quam centum, quamvis tantum sit in pretio fundi, quantum dare Jussus est, ut si fundus sit majorum, vel si in eo sit educatus, vel ob aliam quamlibet commoditatem. Quæritur, an legatarius præterea teneatur fideicommissum præstare? Et negatur, *Quoniam*, ut ait Paulus, *nihil ex testamento videtur capere, qui tantum erogat, quantum accipit*. Cujus rationis ratio redditur a Pomponio, quia non amplius videtur legatum, quam quod superest, deducto eo, quod implendæ conditionis causa datum est.

Alia, quæ possent adduci, prætereo, *spatiis exclusus iniquis*.

Ad lib. 6. Codicis, Tit. 9. *Qui admitti ad bonorum possessionem possint, & intra quod tempus*.

Justinianus in suo *Cod.* acturus de successionibus ingenuorum, quod hæ vel Jure Prætorio deferantur, vel Jure civili, congruum putavit a Jure Prætorio ordiri, id est, a bonorum possessione, quamvis id Jus posterius sit Jure civili, secus ac facit in Pandectis, & in Institutionibus, ubi successionibus de Jure Prætorio eas præmittit, quæ de Jure civili sunt. Quem ordinem pervertit in *Cod.* occasione bonorum possessionis, quæ datur in bonis libertorum, de quibus libertis jam antea egerat, ut notat Accursius hic, quem Doctores communiter sequuntur. Aget enim Justinianus de bonorum possessione contra tabulas liberti, infra *tit.* 13. Hujus ergo occasione generatim de bonorum possessione tractat.

Di-

Discrimen inter utramque Jus est, quod Jus civile facit heredem, seu dominum, Jus prætorium facit bonorum possessorem; etsi enim Prætoris edicta non modicam obtineant Juris auctoritatem, § *Prætorum*, *institutionibus de Jure naturali*; tamen Jus civile latum a populo immutare non possunt, quia minorem populo Prætor potestatem habet, qui propterea Juris civilis Custos dicitur a Cicerone 3. *de legibus*, illis verbis: *Juris disceptator, qui privata judicet, judicarive jubeat, Prætor esto. Is Juris civilis Custos esto. Huic potestati parento*. Itaque edicta vim legis non habent, ut constat ex §. *quos autem*, *Institutionibus de bonorum possessionibus*; cum dicitur, Prætorem per bonorum possessionem heredem non facere; quia per leges, & similes constitutiones heredes fiunt.

Quoniam vero Jus civile sæpe durum est, & quosdam ab hereditate nimis rigorose excludit, ut exempli gratia, filium emancipatum; ideo Prætor, cui proposita æquitas est, eosdem ad successionem vocat, non quidem faciendo heredes, & Dominos, sed tribuendo bonorum possessionem; qua æquitate summum Jus mollivit, *argumento ex l. quod si Ephesi*, § *fin. ff. de eo, quod certo loco*; cum enim lex scripta semper vivat, legislator moriatur, tales interdum offeruntur casus ex varietate præsertim temporum, & morum, ut legislator ipse, si viveret, aliter, atque aliter statueret. Mortui ergo legislatoris vicem substinet Prætor, & Jus prætorium est quasi viva vox Juris civilis, *l. nam & ipsum*, *ff. de justitia*. Quocirca adjuvat, supplet, & corrigit, seu verius emollit Jus civile propter publicam utilitatem; *l. 7. ff. cit. tit.* ut eleganter explicat Raynaldus Corsus 3. *Ambig. 4.*

Quamvis autem in Jure multæ sint differentiæ inter heredem, & bonorum possessorem, ut videbimus; tamen effectu bonorum possessor similis est heredi, *l. vel similem*, *ff. de alienat. judicii mutandi causa*; adeo ut aliquando bonorum possessor vocetur heres, præcise, id est, quasi heres, *l. in conditionibus*, §. *si patronus*, *ff. de conditionibus*, & *demonstrationibus*. *l. hereditatis*, *ff. de verbor. signif.*

Ceterum, ut quæ notatu digna in præsenti titulo occurrunt, recte percipi possint, sequentia notanda sunt.

I. Bonorum possessiones ad duo summa capita reducuntur, una Edictalis, altera Decretalis, *l. 1.* §. *decretalis*, *ff. de successorio edicto*; quarum prior ordinaria est, posterior extraordinaria, *l. 3. §. ult. ff. de Carbon. edicto*, *l. filium*, §. *si quis contra ff. de legatis præstandis*.

Edictalis est, quam ex edicto Prætor dat. In quo edicto prius proponitur ea bonorum possessio, quæ est contra voluntatem testatoris, & contra tabulas, seu contra lignum appellatur, *l. 2. in princ. ff. de bonorum poss. secundum tabulas*; quare etiam in Jure nostro sæpe beneficium bonorum possessionis contra tabulas appellatur primum edictum, aut prima pars edicti, *l. 4. l. scriptus*, *ff. de Carb. edicto*, *l. 2. l. filius 42. §. cum filius*, *ff. de bonis libertorum*. Et hic etiam ordo in Pandectis servatur, contra quam fit in nostro Codice, ubi perturbate primo loco ponitur titulus de bonorum possessione secundum tabulas, de qua in secundo edicto agebatur.

Edictalis quoque est bonorum possessio, quæ ab intestato defertur. Et hoc edictum quatuor habet partes. Prima pars ab intestato vocat liberos suos, & non suos. Secunda pars vocat legitimos. Tertia cognatos. Quarta pars, quæ dicitur edictum successorium, habet, ut liberi, vel cognati, qui primum gradum obtinent, si omittant, aut repudient successionem, eam transmittant ad sequentem gradum. Hodie ex nova constitutione Justiniani in *l. 4. C. de bonis libertorum*, huic edicto etiam in Jure legitimorum locus est.

E contrario Decretalis bonorum possessio est, quæ ex decreto datur, deficiente edicto, ut Carboniana bonorum possessio, & quæ datur furioso; ex edicto enim nulla ex parte defertur furioso bonorum possessio; ex decreto tamen curatori furiosi datur bonorum possessio, sed præstita cautione bona reddendi sequentis gradus cognato, si ille in furore moriatur, *l. heres furiosi*, *ff. de petit. hered. l. ult. §. fin autem ex aliis*, *C. de curatore furiosi*. Ita quoque est, quæ datur de bonis captivi nondum mortui, & de ventre in possessionem mittendo.

Horum plures differentiæ sunt. Nam primo Edictalis datur de plano, quocunque die: Decretalis datur diebus sessionum, scilicet, quibus Prætor sedet pro tribunali. Unde fit, quod etsi dies petendæ utriusque bonorum possessionis utiles sint, tamen in Edictali computantur etiam dies, in quibus Prætor non sedet,

sedet, secus quam in Decretali, ubi sessiones tantum computantur, *l.* 2. §. *dies*, *ff. quis ordo in bonorum possessione*.

Deinde Edictalis datur sine causæ cognitione: Decretalis causa cognita. Quare ex Carboniano edicto impuberi, cui de filiatione, vel de statu controversia fit, bonorum possessio non datur, nisi postquam summatim hinc inde ab impubere, & ab adversariis coram Prætore prolata, ambiguam causam faciant; hoc enim est dari causa cognita, *l.* 3. §. *causæ*, *ff. de Carb. edicto*.

Tandem Edictalis repudiari potest: Decretalis nunquam. Cur ita? quoniam quod delatum est, id duntaxat repudiatur, non quod acquisitum est. At Decretalis eodem momento defertur & acquiritur, scilicet, dum decernitur, defertur simul, & acquiritur. Igitur non potest repudiari; nam nullum est medium tempus. At Edictalis alio tempore defertur, alio datur, & acquiritur. Itaque intermedio tempore potest repudiari, *d. l.* 1. §. *decretalis*.

II. Recte a filiofamilias, etiam ignorante patre, petitur bonorum possessio sibi delata, *l.* 1. *hoc tit.* ita tamen, ut emolumentum deinde acquiratur patri, si petitionem ratam habuerit, *l.* 6. *ff. de acq. hered. l. ult. ff. quis ordo in bonorum possessione servetur*; ita quoque ratihabitio cujuscumque satis est, cui absenti, vel ignoranti fuerit petita, dataque bonorum possessio, *l.* 3. §. *acquirere*, *ff. de bonorum possessionibus*, *l. servo*, §. 1. *ff. ad Trebell. l.* 7. & *pen. ff. rem ratam haberi*.

Sed quæres, quid Juris sit, si patris ratihabitio non sequatur? Et distinguendum est inter Jus vetus, & novum; quippe Jure Digestorum inutilis redditur bonorum possessionis petitio, quam postea ratam non habuerit pater, *l. ult.* §. *pen. ff. quis ordo in bonorum possessione*. At Jure Codicis utilis est, & proficit filio pleno Jure, hoc est, tam respectu proprietatis, quam ususfructus; non enim eorum bonorum, quamvis adventitia sint, ususfructus ad patrem pertinet, *l. ult.* §. 1. *C. de bonis, quæ liberis*.

Quæres etiam, cur ratihabitio patris in acquirenda bonorum possessione sit satis, cum e contrario Jussus patris omnino præcedere oporteat in acquirenda hereditate, *l. si quis mihi bona*, §. *jussum*, *ff. de acqu. hereditate*? Respondet Accursius hic differentiæ rationem pendere a discrimine Juris civilis, & prætorii; quandoquidem bonorum possessio de Jure prætorio est, quod Jus mite, & moderatum est, & ratihabitionem comparat Jussui, & mandato; & si Jussus non præcedat, ratihabitione contentum est. Non ita de hereditate, quæ de Jure civili est, cujus est rigor, scrupulositas, & sollemnitas nimia.

Quæres tamen, si filius non petat bonorum possessionem intra constituta tempora, computanda ex quo die patrem certiorare potuit, quid fiat? Et ex *d. l.* 1. habetur, utrumque, scilicet patrem, & filium amittere commodum bonorum possessionis. Nam scientia filii, & negligentia, patri ignoranti nocet, quia, ut ait Cujacius hic, filius est principalis persona, cui defert ut bonorum possessio: & scientia principalis non modo ei nocet, sed & cuilibet alii, *l.* 2. *ff. de litigios.* E contrario scientia patris in hac specie, ignoranti filio non nocet, quia filius est principalis persona, cui successio delata est, *l.* 3. *ff. quis ordo in bonorum possessione*.

III. Facile a Prætore alii admittuntur ad petendam bonorum possessionem nomine alterius, quamvis secus sit in hereditate; nam tutor non potest adire hereditatem nomine pupilli, qui major infante sit, *l. potuit*, *ff. de Jure delib. l. servo invito*, §. *si pupillo*, *ff. ad Trebell.* E contrario idem tutor potest petere bonorum possessionem pupilli nomine, *l. servus bonorum*, *ff. de bonorum possessionibus*. Quod etiam a diversitate Juris civilis, & prætorii dependet.

Olim impubes nec bonorum possessionem admittere, nec judicium sine tutoris auctoritate accipere poterat, *d. l. servus*. Hodie tamen admittitur sine tutore, auctoritate solius Judicis non ignorantis ejus ætatem, qui petit bonorum possessionem, ut hic *l.* 7.

Ita quoque pater infantis nomine, cum infans sibi petere non possit, ad bonorum possessionem petendam admittitur, *d. l. servus*, juncta *l.* 3. *hic*; in qua præterea habetur, mortuo infante, recte bonorum possessionem *competere*, hoc est, actionem transferri in heredem infantis. Concordat textus in *l.* 2. §. *sed si infanti*, *ff. ad Tertull. l. si infanti*, *C. de Jure deliber.*

IV. Petitio bonorum possessionis temporalis est; nam agnatis, cognatis, viro & uxori, constituti sunt dies 100. utiles; liberis, & parentibus largius tempus tribuitur, nempe annus utilis. Qua in re etiam est differentia inter Jus civile & prætorium. Nam Jus petendæ

[illegible] hereditatis (quo tenetur qui pro herede, vel pro possessore bona defuncti possidet) perpetuum est, nulloque tempore circumscribitur. At hodie ex constitutione Theodosii Magni omnes actiones, quæ perpetuæ olim erant, præscriptione 30. annorum tolluntur, quam præscriptionem Cassiodorus 5. *variarum 37. humano generi patronam* dicit, quia per eam Theodosius humano generi quietem paravit, ne quis scilicet quemquam post tot annorum spatium inquietaret.

Hujus præscriptionis (ut id obiter moneam) auctorem Cujacius ad *lib. 7. C. tit.* 39. facit Theodosium Magnum ex Novella Valentiniani, & Theodosii Junioris *de 30. annorum præscriptione omnibus causis opponenda*, ubi hoc Jus, ut silentio tricennii omnis actio perimatur, Valentinianus tribuit Theodosio patri suo. Non ergo Theodosio Juniori collegæ suo, sed Theodosio Magno: namque solent Imperatores Antecessores suos appellare Patres, pio & augusto nomine, licet non fuerint eis parentes, ut in *eadem Novella* Valentinianus Honorium vocat Patrem suum, qui ei fuit avunculus. Mirum tamen est, quod Alexander III. in *cap. vigilanti, de præscriptionibus*, scribit præscriptionem tricennii primum introduxisse Ephesinum legislatorem: vel ut est in *II. Tomo Conciliorum, sub Alex. III.* Euphegium Patruum Originis.

Ceterum spatium tricennii, quod pro petenda hereditate tribuitur, continuum est, ceditque etiam ignoranti. Non ita est de temporibus constitutis ad petendam bonorum possessionem, quæ utilia sunt, & ignoranti factum non cedunt, *l. pen. hoc tit.* quam frustra emendat Cujacius hic, & 17. *obs.* 19. ut si ignorat quis mortem cognati sui, se heredem scriptum esse, vel ignorat sibi Jus cognationis cum defuncto fuisse. At e contrario cedunt ignoranti Jus, etiam mulieri, ut si sit soror defuncti, & putet sibi amitam ejusdem præferri, atque ita sinat abire 100. dies, nec bonorum possessionem petat, *l. Juris, hoc tit.* Semper enim verum est in lucro Juris ignorantiam mulieri non prodesse, maxime si Jurisconsulti habuerit copiam, *l. 8. ff. de Juris & facti ignor. l. ult. C. qui petant tutores*. Eodem modo nec rustico in lucro prodest Juris ignorantia, si Jurisconsultum consulere potuit, quamvis vulgo rustici Juris ignari sint. Homer. Odyss. 9.

ἄγριον οὔτε δίκας ἐὺ εἰδότα οὔτε θέμιστας.

V. Dare bonorum possessionem est mixti imperii, *l. imperium, ff. de Jurisd. omnium Judicum*, hoc est Jurisdictionis, cui admistum imperium sit. Prætor enim, cum bonorum possessionem decernit, Jus dicit, & contra eum, qui non paret, modica coercitione utitur; non enim Jurisdictio sine modica coercitione explicari potest, ut est fustium & flagellorum castigatio non atrox, pignoris capio, corporis retentio, & mulctæ dictio, *d. l. imperium*. Harmenopulus tamen 1. *Prochiri* 4. *schol.* 1. dare bonorum possessionem Jurisdictionis esse scribit, quem sequuntur Longovallius, Faber, alique, qui textum in *d. l. imperium* varie emendare conantur. Sed facile est hæc concordare; Prætor enim non modo petenti bonorum possessionem tribuit, sed præterea possessionem bonorum; illud in Jure consistit, hoc in facto, illud se habet, ut causam, hoc ut effectum. Utriusque rei complexus mixti imperii est, & ita intelligendus textus in *d. l. imperium*. Prius illud est Jurisdictionis, de quo locutus est Harmenopulus, prout latius a nobis alibi explicatum est.

Quoniam ergo datio bonorum possessionis mixti imperii est, ideo dabat eam Prætor in Urbe, Præses in Provincia. Vide Cujacium 4. *obs.* 5. At ex constitutione Constantini hic in *l. ult.* hodie potestas est cujuscumque Judicis etiam Duumvirum. Constituunt Duumviri Magistratum municipalem, & sunt in Civitatibus loco Consulum Urbanorum, ut Defensores Civitatum instar Tribunorum plebis, cum & Defensores plebis dicantur, *l. 4. & 5. C. de defensoribus Civitatum l. 1. C. de officio Juridici Alexandriæ*. Et demum Curia est loco Senatus. Quamvis autem certum sit de Duumviris eos esse sine imperio, sine Jure gladii, *l. nec Magistratibus, ff. de injuriis*, habent tamen coercitionem modicam, alioquin inanis esset eorum Jurisdictio, *l. eos qui, ff. de decurionibus*. Hac ergo de causa possunt & ipsi bonorum possessionem tribuere.

VI. Jure veteri petitio, datioque bonorum possessionis fiebat solemniter verbis conceptis, seu, ut loquuntur, formalibus, & typicis. Deinde Constantinus in *d. l. ult.* jussit, qualemcunque testationem sufficere ad acquirendam bonorum possessionem factam coram Judice intra tempora constituta, & eam testationem cedere pro solemni petitione. Sed post Constantinum plus est, quod adjecerunt

cerunt Theodosius, & Valentinianus, ut etiam citra testationem illam, possit admitti, & acquiri bonorum possessio quocumque indicio, seu actu, quo quis demonstret se esse bonorum possessorem, *l.* 1. *C. Theod. de cretione, vel bonor. poss.* quod & Justinianus probat in §. *ult. Institutionibus de bonorum possessionibus*. Et hoc Jure utimur, teste Cujacio hic in fine.

Ad lib. 6. C. tit. 10. *Quando non petentium partes petentibus accrescant.*

SUb hoc titulo una tantum constitutio habetur, quæ est Gordiani Imperatoris, & in ea agitur de Jure accrescendi, quod versatur inter plures eodem gradu existentes, quibus cum delata sit bonorum possessio sive ex testamento, sive ab intestato, eam tamen nonnulli non petunt, vel non admittunt; tunc enim ceteris petentibus, vel admittentibus accrescit; quippe plures in eodem gradu ad eandem bonorum possessionem vocati, habentur tanquam legali conjunctione conjuncti, & unum quasi corpus efficiunt, *l. si ex pluribus ff. de suis & legit. l.* 1. §. *si cum* 2. *ff. ad Tertull.* Propterea inter eos locum habet Jus accrescendi, ex *l.* 3. §. *ult. cum* 2. *ll. seqq. ff. de bonorum possessionibus*. Et hic in nostro *tit.* ubi cum dicitur partes non petentium accrescere petentibus, id ita capiendum est, ut accrescant petentibus non ratione personarum, sed ratione rei, ut recte Baldus hic notat; hoc enim discrimen versatur inter Jus accrescendi reale, & personale, quod personale accrescit personæ, reale vero, de quo hic agitur, accrescat rei, seu portioni.

Varie a DD. nostræ legis species ponitur. Et varietas oritur pro explicandis verbis illis, *Cessante legitima successione*. Et Accursius ponit speciem in matre, cui liberi succedant. Quod improbat Cujacius hic, quia matri liberi sunt legitimi successores ex Senatusconsulto Orphiciano, licet cognati, non agnati sint; heredes enim facit non tantum lex, sed etiam Senatusconsultum, & Constitutio Principis. Solus Prætor is est, qui non facit heredem, sed bonorum possessorem.

Itaque Cujacius legem nostram de filiis emancipatis intelligit, quos lex ad hereditatem patris non vocat, pro legitimis heredibus non habet, *l. sed cum patrono*, §. 1. *ff. de bonorum possessionibus*, sed ex Prætoris beneficio admittuntur ad bonorum possessionem Unde liberi. Uno ergo ex his bonorum possessionem non petente intra annum statutum, ceteris, qui petierunt, illius portio accrescit.

Alii aliter exponunt. Videtur tamen dicendum, Gordianum generatim accipi debere de omnibus liberis, qui vel beneficio Prætoris indigent, ut filii emancipati, vel eo uti velint, ut filii in potestate: quamvis enim bonorum possessio secundum tabulas, & unde liberi. introductæ a Prætore sint pro tuendis filiis emancipatis, quos Jus civile a successione parentum exclusit, porrectæ tamen sunt ad filios etiam in potestate constitutos; quibus etsi necessaria non sit bonorum possessio, tamen non inutilis est, ut etiam est de bonorum possessione contra tabulas, ob rationes, quas afferuntur in *Institutionibus de bonorum possessionibus*.

Sed quæritur I. Utrum non petentium partes accrescant petentibus ipso Jure, sine nova agnitione, & petitione?

Et duos casus Accursius distinguit. Prior est, si plures eodem Jure vocentur, ut si sint plures filii, quorum alii admittant bonorum possessionem, alii non admittant; iis, qui admiserunt, ceterorum deficientium portio accrescit ipso Jure, & tacito sensu, *l. servus communis, ff. de acq. hered. l.* 2. §. *si duo, ff. de bonorum poss. secundum tabulas*, ubi dicitur ita bonorum possessionem ipso Jure accrescere, sicuti accrescit ipso Jure hereditas, *l. si ita scriptum, in princ. ff. eit. tit.* ubi Accurs. *v. Qua exsextante*.

Posterior est, si vocentur diverso Jure, quo casu nova petitione opus est. Finge. Libertus condito testamento, scripsit heredem Titium, præterito patrono. Deinde testamentum factum est irritum per capitis diminutionem, quæ tamen ante mortem cessavit. Mortuo ergo liberto, Titio competit bonorum possessio secundum tabulas; non enim spectat Prætor an testamentum irritum factum sit medio tempore inter testamentum & mortem, *l.* 1. §. *sed etsi quis, ff. de bonorum possessione secundum tab. conficiuntur*, §. *si post, ff. de Jure Codicill.* Sed ei satis est, ut obsignatæ sint tabulæ non minus, quam 7. testium signis, *l. cum tabulæ, ff. de bonorum possession. secundum tabul.* Cicero in *Prætura Urbana*. E contrario patrono præterito defertur bonorum possessio contra tabulas ad portionem

nem legitimam, hoc est trientem, *l. 6. ff. de bonorum possessionibus*. Sed si accidat heredem scriptum bonorum possessionem secundum tabulas non petere, patronus, qui petiit jam bonorum possessionem contra tabulas in trientem, potest denuo nominatim ejus quoque partis, quam heres scriptus amplecti voluit, bonorum possessionem petere. Et sic bis petit, *l. sed cum patrono, in princ. ff. de bon. possession.*

Verum dicendum est, semper partem non petentis ipso Jure accrescere petenti sine nova agnitione, quia nunquam Jus accrescendi est, nisi inter eos, qui eodem Jure innituntur, *l. sive*, §. *duobus*, *ff. de Jure patronatus*. Cui decisioni favet textus in *d. l. sed cum patrono*, tantum abest, ut illi contrarius sit; quippe in eo aperte dicitur, eos, quibus accrescendi Jus est, semel debere agnoscere bonorum possessionem; & additur, patronum in specie proposita ideo bis petere, quia non consequitur partem heredis scripti Jure accrescendi, sed tantum ex beneficio Prætoris, qui eum ad novam possessionem vocat, si præmature petiit aliam, herede scripto deliberante.

Notemus enim oportet, bonorum possessionem contra tabulas patrono præterito cum re & effectu non dari, antequam heres scriptus adierit, *l. illud*, *in princ. ff. de bonorum possess. contra tab. l. 3. §. ut patronus*, *ff. de bonis libert.* quamvis aliud sit de filio præterito, cui datur contra lignum, etiam herede scripto, herede adhuc non existente, *l. quod vulgo*, *ff. de bonor. possess. contra tabulas*. Igitur deliberante herede scripto, si patronus præmature petat bonorum possessionem, petitio erit sine re; adeo ut herede scripto postea repudiante, necesse sit denuo patrono petere bonorum possessionem totius assis. Ita totum obtinebit beneficio Prætoris per bonorum possessionem, non Jure accrescendi; nam Jus accrescendi ipso Jure procedit, nec auxilium desiderat novum, Cujac. hic.

Quæritur II. an invito accrescat?

Et facilis responsio est, accrescere invito, nam quibus ipso Jure accrescit, utique invitis accrescit. Nam qui illud dicit, & hoc etiam dicit; suntque hæc duo in Jure nostro connexa, & copulata, *l. un. §. his ita definitis*, *C. de caduc. toll. l. qui ex duabus*, §. *ult. ff. de acq. hered.* Ratio dependet ex dictis, nempe quia conjuncti unum quasi corpus efficiunt, pro una persona habentur.

Excipe I. in servo; si enim servus alienus ex parte institutus heres pure sit, & coheres ex parte sub conditione, & servus ex pura institutione adiit Jussu Domini, & deinde non extitit conditio, utique pars coheredis non accrescit invito, nec ipso Jure, sed iterum Jussu Domini adeundum est, *l. si solus*, §. *ult. ff. acq. hered.* Ratio est, quia Dominus per servum invitus onerari non debet; quare secus est, si tempore conditionis non impletæ servus reperiatur manumissus; accrescet enim Domino invito, & ipso Jure, *l. si quis heres*, *ff. cit. tit.* ubi id ipsum ad filiumfamilias extenditur. Vide Santolatiam *interpretat.* 9. §. 4.

Neque obstat textus in *l. cum filio 3. ff. de vulg.* ubi excluditur Dominus a portione, in qua substitutus servus coheres fuerat, nam ibi solum excluditur ex Jure substitutionis.

II. Si pars coheredis accrescat, quia deficit post aditam ab ipso coherede hereditatem. Exemplum esto. Duo sunt coheredes, quorum unus minor ætate est, & uterque adiit hereditatem pro sua parte. At deinde minor se abstinuit beneficio restitutionis in integrum, ejus portio coheredi invito non accrescit, sed creditoribus defuncti tribuitur, ut ex constitutione D. Severi statutum est, *l. si minor ff. cit. tit.* Ratio est, quia hic proprie Jus accrescendi non est; nam semel acquisita portio non accrescit consorti, excepto usufructu, *l. 1. §. interdum*, *ff. de usufruct. accr. l. aquam*, §. *ult. ff. quemadmodum servitus amitt.* Quia igitur jam portionem suam acquisiverat minor, non defertur coheredi proprie per Jus accrescendi, minore in integrum restituto, quia acquisitione perimitur Jus accrescendi. Hinc ergo accrescit volenti, non invito. Eadem de causa Justinianus in *auth. de heredibus*, *& Falc.* §. *si quis autem non implens*, statuit, ut si heres, qui adiit, non exequatur voluntatem defuncti, portio ejus accrescat coheredi volenti, non invito.

E contrario substitutio interdum procedit contra invitum.

I. In specie textus in *l. si quis heres 35. ff. de acqu. hered.* Species est: Duos quis sibi instituit heredes, Primum, & Secundum, & Secundo Primum substituit vulgariter. Mortuo testatore, Primus adivit hereditatem, vel pro herede se gessit, repudiante Secundo. Ait Ulpianus de Primo: *Erit heres ex causa quoque substi-*

substitutionis: *quoniam invito quoque ei accrescit portio*. Ratio dependet ex duobus, Primo, quia heres in eo casu nequit coheredi succedere Jure accrescendi; nam quoties Jus accrescendi concurrit cum Jure substitutionis, Jus substitutionis ut potentius prævalet, *l.* 2. §. *pen. ff. de bonor. poss. secund. tab.* Duarenus 2. *de Jure accr.* 16. Ex altera parte nequit heres is a portione coheredis non adeuntis abstinere, ne testator partim intestatus decedat, contra regulam *l. Jus nostrum*, *ff. de reg. Jur.* Inde fit, ut heres iste coheredi, cui est substitutus, succedat non alio Jure quam substitutionis, & succedat invitus.

II. Est in *l. pen. vers. sed si ego*, *ff. de injusto rupto*. Quidam exheredato postumo, me & Titium instituit: deinde nos reciproce substituit, non exheredato a gradu substitutionis postumo. Mortuo, vel repudiante coherede meo, si ego adeo, ex asse heres ero, ut ibi Scævola ait, hoc est, mihi etiam invito pars coheredis deficientis acquiretur Jure substitutionis. Ratio dubitandi erat, quia coherede meo repudiante, vel mortuo, fit locus substitutioni, a quo gradu postumus non est exheredatus, sed præteritus. Quare gradus substitutionis rumpitur; & propterea rumpitur etiam gradus institutionis; non enim potest testamentum rumpi in gradu substitutionis, quin rumpatur in gradu institutionis, cum testamentum sit individuum, *d. l. pen. in princ.* Ratio decidendi est, quia quando coheredes instituti, ipsi etiam sunt substituti, iidem sunt in utroque gradu comprehensi, & sufficit exheredationem fieri a solo gradu institutionis. Nempe quia gradus substitutionis eo casu est quasi appendix præcedentis institutionis, *d. l. pen. in fin.* Et ambo unus gradus censentur, *argum. l. l.* 1. §. *id quod*, *ff. ad l. Falc.* Doctrina est Imper. Antonini in *l.* 1. §. 1. *C. de liber. præteritis*, dicentis ab uno tantum gradu factam exheredationem, quo casu iidem, qui instituti sunt, substituuntur, censeri factam ab omnibus gradibus, quia nulla ratio reddi potest, cur videatur testator in unum tantum casum exheredasse, Valentia *lib.* 1. *tract.* 1. *cap.* 2. Itaque coheres succedit, non ex Jure accrescendi, sed ex substitutione, quæ potentior est; & succedit invitus, ne testator pro parte intestatus sit.

III. Est in *l. qui patri* 59. *ff. de acq. hered.* ubi qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, pupillo quoque necessario heres erit. Idem habetur in *l. si pupillus* 52. *in princip. vers. ceterum*. Nempe quia hoc testamentum unicum est; quare si necessario heres non esset, pro parte successio esset ab intestato. Quod si ponas, heredem mortuum vivo pupillo, deinde pupillum impuberem decessisse; tunc heredis heres pupilli quoque hereditatem acquiret, sed alio Jure, nempe Jure accrescendi, ut in *d. l. qui patri*. Neratius docet, Fab. *dec.* 100. *err.* 10. Donellus in *l. quidam* 20. *num.* 2. *C. de Jure delib.*

Quæritur III. pro qua parte portio deficientis accrescat singulis?

Respondet Accursius, accrescere pro rata parte ejus, quod eis competit, sive pro qua prius admittebantur, ut probatur ex *l.* 1. *ff. de impub. & aliis*, & melius ex *l.* 66. *ff. de hered. instit.* & *l. Mevio*, *ff. de leg.* 2. Nec nos moveat, quod Justinianus in *l. un.* §. *ubi autem*, & §. *sed ut manifestetur*, *C. de cadue. toll.* dicat accrescere pro virili portione; nam virilis etiam portio aliquando significat ratam, sive æqualem, sive inæqualem *l.* 1. *C. unde liberi*, §. *ult. Institutionibus de inoff. testament.* Ita in *d. l. un.* recte notant Accursius, & Cujacius, ille in *d.* §. *sed ut manifestetur*, hic in § *ubi autem legatarii*; ut quemadmodum heredibus inter se pro partibus hereditariis accrescit, ita etiam accrescat bonorum possessoribus pro rata: nec sit in hac re ulla differentia inter coheredes, & bonorum possessores. Idipsum de collegatariis est ex *d. l. Mevio*.

Quoniam ergo Jus accrescendi inter heredes locum habet tam ex testamento, quam ab intestato, constat falsissimum esse, quod vulgo Interpretes docent, nempe rationem Juris accrescendi inter coheredes esse, ne alioqui pro parte quis testatus, pro parte intestatus decessisse videatur. Verius est, quod ait Faber *dec.* 100. *err. ult.* eam nasci ex individuitate, vel hereditatis, vel judicii defuncti.

Obstare tamen videtur Neratius in *l. qui patri*, *ff. de acq. hered.* quam Fabro Valentia opposuit, ubi ait, Eum, qui patri heres extitit, si idem filio impuberi substitutus est, non posse filii hereditatem prætermittere; adeo ut etiamsi vivo pupillo mortuus erit, deinde pupillus impubes decesserit, is qui heres extitit patri, pupillo quoque fit heres necessario. Idque Neratius a Juris accrescendi ratione pendere testatur. Hic autem sunt duæ hereditates,

tates, patris una, altera filii, quamvis unicum sit testamentum, vel saltem loco unius, *l. pen. ff. testamenta quemadmodum aperiantur*. Sunt itidem duæ personæ: quippe nemo dixerit, patrisfamilias, & filii impuberis post patrem defuncti unicam esse personam, licet quamdiu pater vixerit ob vinculum patriæ potestatis pro una habeatur, *l. Imperator*, *ff. ad Trebell.* Non ergo ex hereditatis, ut ita dicam, individuitate, neque ex unius personæ individuæ repræsentatione, oritur Jus accrescendi inter coheredes.

Augetur difficultas, quia a Neratio casus ille tractatur, quo pupillus fuit a patre exheredatus. In quo differt casus ille Neratii ab eo, de quo Ulpianus in *l. sed si pluris*, *§. filio impuberi*, *ff. de vulgari*, ubi agitur de substituto dato impuberi, qui ipse patri heres extiterit, & post acquisitam patris hereditatem decesserit, ut & in *l. paterfam. ff. de reb. auctoritate Judicis possidendis*. Nihil autem eo casu commune habet hereditas pupilli cum paterna.

Respondet Faber, quod licet patris, & impuberis filii duæ semper & omni casu sint hereditates, tamen ex unico judicio patris substituentis dependent, ob quam causam unicum testamentum esse dicitur. Et ex Juris regula eorum, quæ supremi judicii sunt, divisio fieri non potest, *l. 4.* & *l. 5. §. 1. ff. de legat. 2. l. eum qui, in fine, ff. de his quæ ut indignis*. Quoniam ergo ex unico & individuo defuncti judicio utraque hereditas defertur, ideo patris heres, filii pupilli, cui est substitutus, hereditatem etiam invitus acquirit Jure accrescendi. Ex his concludit Faber, Jus accrescendi semper nasci ex individuitate aliqua, sed non ex eadem semper: nimirum ex individuitate hereditatis, si de unica hereditate agamus: ex individuitate etiam judicii, si de pluribus hereditatibus, ut in casu Neratii.

Ita explicandus est Ulpianus in *l. cogi*, *§. si quis heres*, *ff. ad Trebell.* ubi heres rogatus fuit restituere partem hereditatis, si coactus ex Trebelliano adiit, tota hereditas in fideicommissarium transit.

FINIS.